

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU ROLE DU MAGISTRAT dans la protection des Biens des incapables

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le 2 décembre 1921, à 14 heures

PAR

H. DE NÉEL



Président : M. CARPENTIER.
Suffragants : M. DEMOGUE.
M. HUGUENEY.

ÉDITIONS
DE " LA VIE UNIVERSITAIRE "

13, QUAI DE CONTI, 13

1921

DU ROLE DU MAGISTRAT
DANS LA PROTECTION DES BIENS
DES INCAPABLES

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les Thèses. Ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU ROLE DU MAGISTRAT dans la protection des Biens des incapables

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le 2 décembre 1921, à 14 heures

PAR

H. DE NÉEL



Président : M. CARPENTIER.
Suffragants : M. DEMOGNE.
M. HENNEGUY.

ÉDITIONS
DE " LA VIE UNIVERSITAIRE "
13, QUAI DE CONTI, 13

la famille ou par l'Etat ou par l'un et l'autre concurremment.

Venir en aide aux faibles en organisant en leur faveur un système de protection adapté à la nature de leur incapacité nous paraît, pour la Puissance Publique, non seulement une impérieuse nécessité, mais, en même temps, un devoir moral inspiré par des motifs de charité et d'humanité.

Il n'en a pas toujours été ainsi, et, si l'influence de la philosophie grecque et surtout du christianisme devait conduire à considérer la protection due aux faibles comme la conséquence d'un devoir de moralité supérieure, fondé non sur la force et sur l'intérêt, mais sur l'amour du prochain, le droit primitif, aussi bien le droit romain que le droit germanique, semble bien plutôt avoir confondu l'intérêt de l'incapable avec celui de la famille, voire même le lui avoir subordonné. Telle par exemple la tutelle sans contrôle des agnats et des gentiles, la seule que paraisse avoir connue le droit romain primitif, déférée à ceux-ci à cause de leur vocation héréditaire et de leur intérêt à conserver un patrimoine sur lequel ils avaient des droits éventuels de succession; telle aussi la tutelle familiale du droit barbare (1) où le tuteur exerçait sa mission à son profit sur les biens de son pupille.

Une semblable conception de la mission tutélaire devait logiquement d'ailleurs être celle de sociétés où la Puissance Publique était encore à l'état de formation et où, par contre, une forte organisation familiale présentait, au sein même de l'Etat, autant de petites sociétés soumises à un pouvoir des-

(1) Kraut. Die Hornündschaft nach den Grundsassen des Deutshen Reichs n. 1.

potique avec leur culte, leur gouvernement, leur tribunal domestique et ne connaissant d'autre contrôle que celui des mœurs et de l'opinion publique, dont il ne faut certes pas méconnaître à cette époque la souveraine influence modérative.

Le développement de la Puissance Publique, la dissolution progressive du groupement familial se produisirent parallèlement à l'expansion de la philosophie grecque, que les rédacteurs de la loi des XII Tables n'ont peut-être pas ignorée, et, plus tard, à celle des idées chrétiennes, qui ont amené à considérer l'individu, non plus comme un instrument du groupe familial, mais comme une personnalité ayant une valeur indépendante, digne de la sollicitude de la loi, au nom de principes de haute morale, au nom de l'humanité et de la charité.

Et, peu à peu, le pouvoir tutélaire de l'Etat compléta celui de la famille, le contrôlant, en réprimant au besoin les excès dans l'intérêt de l'incapable.

Quoi qu'il en soit, et quelque opinion que l'on puisse avoir sur le fondement de ce pouvoir tutélaire de l'Etat, qu'on l'admette comme un secours dû par la Puissance Publique aux individus à raison de leur valeur propre, ou qu'on le considère comme un droit en même temps que comme un devoir de la Société, intéressée à leur sort parce qu'ils ne sont autre chose que ses parties intégrantes, il n'en est pas moins certain que les nécessités de la pratique ont mis en présence de situations auxquelles il a fallu trouver des solutions.

Et c'est naturellement le magistrat, appelé par ses fonctions

à intervenir dans les différends qui peuvent surgir entre les citoyens, qui a été conduit à constater d'abord les imperfections de la loi et à compléter celle-ci, ensuite.

A Rome, le magistrat, le prêteur, trouvait dans son *imperium* le moyen de fournir immédiatement satisfaction à l'équité. Sa toute puissance relativement à l'organisation du « *judicium* » lui permettant de donner la formule en dehors des circonstances prévues par la loi, le droit qu'il possédait d'adresser, dans son édit, des ordres aux citoyens, devaient rendre son rôle singulièrement fécond.

Dans les législations modernes, c'est encore le magistrat de l'ordre judiciaire que l'Etat investit du contrôle de la puissance tutélaire. La pratique le désigne pour ces fonctions, la logique commande de les lui confier : son impartialité le place au-dessus des intérêts, souvent contradictoires, des familles, sa connaissance du droit lui permet d'apporter aux délibérations tout le poids de son expérience et d'orienter les décisions dans le sens de l'intérêt de l'incapable, enfin, la dignité de sa situation et son autorité sur le monde des affaires sont des barrières dressées contre les irrégularités et les frustrations que pourraient être tentés de commettre des agents peu scrupuleux, dont la perspective seule du contrôle judiciaire modère la coupable cupidité.

Mais, le magistrat moderne ne possède plus l'*imperium* du magistrat romain ; le principe de la séparation des pouvoirs lui interdit de modifier la loi dont les représentants élus de la Nation sont seuls investis de la mission de changer les dispositions.

Est-ce à dire que son influence, pour être moins immédiate,

sera pour cela moins féconde ? Nombreuses ont été et sont journellement les occasions où son activité se traduit par des décisions que le législateur confirme plus tard et qui, même en l'absence de toute consécration, constituent une jurisprudence dont la pratique se contente, puisqu'elle répond à un besoin constamment manifesté.

Les auteurs du Code civil ont minutieusement posé les règles de la constitution et du fonctionnement des organes de protection des incapables, ils y ont introduit le magistrat à tous les degrés de la hiérarchie judiciaire, tantôt le juge de paix, tantôt le juge des référés, tantôt le tribunal tout entier en chambre du conseil ou à l'audience, statuant soit à titre gracieux soit comme juridiction contentieuse, toujours le ministère public, auquel doivent être communiqués toutes les causes concernant les incapables.

En supposant donc le fonctionnement normal de la machine tutélaire, le rôle du magistrat apparaît comme le complément nécessaire de la protection familiale : tantôt il procède au choix du personnel de la tutelle, tantôt il est appelé à présider des réunions de parents, au sein desquelles sa présence, impose le désintéressement et la dignité, et où il apporte le poids de son discernement et de son expérience en même temps que son avis personnel, tel par exemple le juge de paix constituant et présidant le conseil de famille ; tantôt il a à sanctionner, après un examen, dont la valeur dépend de son initiative et de sa perspicacité, le résultat d'une délibération à l'occasion d'un acte important, tel le tribunal, statuant en chambre du conseil, sur les demandes d'homologation.

Mais, il peut se produire des troubles dans l'organisme tutélaire familial : troubles lors de la constitution des organes de protection, troubles au cours de leur fonctionnement. Le Code a prévu beaucoup de cas, il a fixé alors la règle à suivre, il a prévu des recours contre les délibérations familiales, il a prévu des interventions directes de la justice au cas où celui qui est investi de la mission tutélaire ne peut ou ne veut agir, telles, par exemple les autorisations de justice à la femme mariée au cas d'empêchement ou de refus du mari.

Cependant, en dehors de ce cadre rigide construit par la loi, la pratique a révélé, et révèle encore tous les jours, l'existence de situations multiples, auxquelles la loi n'a pu pourvoir, et qu'elle a quelquefois même délibérément laissées de côté. Ces situations sont portées devant le juge, soit à titre gracieux, soit au cours d'une contestation soumise à son jugement : il lui faut prendre une initiative, admettre ou repousser la requête, prononcer entre les parties. C'est ainsi, par exemple, que jusqu'à la loi du 12 juillet 1907 sur la tutelle des enfants naturels et jusqu'à celle du 6 avril 1910 sur l'administration légale du père, le magistrat, dans le silence des textes, avait eu à élaborer tout un système de contrôle que ces réformes législatives ont enfin consacré, en le complétant, d'après les vœux formulés dans les arrêts, où les juges consignaient, en les déplorant, les imperfections de la loi auxquelles il leur était impossible de suppléer.

Il semble bien que le législateur de 1804, tout en conférant à la justice le soin de veiller à la protection du patrimoine

de l'incapable, ait été retenu par le souci de maintenir à la famille son autorité antique. Abandonnant, par exemple, sans oser formuler de règles précises l'administration légale des biens de l'enfant à ses père et mère, durant le mariage, négligeant volontairement de s'occuper des enfants naturels auxquels le droit canonique avait toujours marqué sa défaveur au cours du moyen-âge, repoussant l'enfant adultérin ou incestueux pour ainsi dire hors de la société, subordonnant les intérêts de la femme mariée à l'autorité maritale en confiant la communauté au mari, alors même que la femme pouvait acquérir par un travail séparé des biens que celui-ci avait la faculté de dissiper sans réserve, le Code civil laissait apparaître encore en maints endroits l'antique conception qui sacrifiait l'individu à la famille.

L'œuvre législative de ces quarante dernières années s'est orientée vers une pénétration de plus en plus grande de la justice dans le contrôle de la tutelle familiale: pour les individus dont l'incapacité a pour cause une infériorité intellectuelle ou morale, renforcement et extension à des cas nouveaux de la Haute Tutelle judiciaire, telles, entre autres, la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières, celle du 2 juillet 1907 sur la protection des enfants naturels, celle du 6 avril 1910 sur l'Administration légale; pour la femme mariée, affranchissement de plus en plus complet vis-à-vis de l'autorité maritale, et cela sous le contrôle du magistrat, telle par exemple la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme, où l'exercice de la liberté qui lui est accordée est subordonné au recours au juge en cas d'abus, sorte de résurrection de la vieille idée de l'incapacité

velleienne en faveur de la femme, à raison de la faiblesse de son sexe.

Mais, quels qu'aient été en droit romain aussi bien qu'un droit français les progrès de la haute tutelle judiciaire, jamais ils n'ont été jusqu'à enlever au représentant ou à l'assistant de l'incapable son initiative en matière de gestion tutélaire.

Une subordination plus étroite encore peut se concevoir, elle a fonctionné en Prusse et a été codifiée par Frédéric le Grand en 1749 sous le nom d'« Allgemeines Landrecht » (1). Dans ce système, que n'a pas reproduit la loi prussienne de 1875 et qu'a abandonné le Code civil allemand, l'Etat, au nom de la Communauté, déclare pouvoir aux intérêts de ceux dont la faiblesse demande protection (2). « Les personnes, dit le Code, qui ne peuvent pas gérer elles-mêmes leurs affaires, sont sous la surveillance et les soins de l'Etat... à moins qu'ils ne soient sous l'autorité d'un père » (art. 1 à 6). L'Etat, pour déléguer ce pouvoir, nomme des tuteurs, des curateurs, des assistants (*ibid*), et c'est le pouvoir judiciaire qui nomme ces tuteurs, curateurs et assistants au nom de l'Etat (art. 56 à 63). Sans doute le juge peut-il se renseigner auprès des parents du défunt, et se faire présenter des listes, pour éclairer son choix (art. 109), mais c'est là une faculté laissée à son initiative, rien qui rappelle nos conseils de famille.

Au cours de la gestion, même dépendance hiérarchique, le tuteur est l'agent, le commis du tribunal auquel, d'après

(1) Gastambide, *L'enfant devant la Famille et l'Etat*, thèse, Paris 1902 p. 22.

(2) Dalloz, Rép. v^o Minorité.

l'art. 231, il doit s'adresser chaque fois qu'un changement grave doit être opéré dans l'administration des biens du mineur ou de l'interdit. La véritable tutelle est exercée par les magistrats, à un tel point que le tuteur doit leur remettre, une fois par an, les comptes de tutelle, afin que, non seulement ils en vérifient les chiffres, mais encore, ils apprécient l'utilité des opérations (art. 647) ; il doit même déposer à la caisse du tribunal les fonds du pupille et ne peut les retirer sans autorisation du juge des tutelles.

Voilà donc le tuteur réduit au rôle de factionnaire, gardien et exécuteur d'une consigne, devant cette puissante forteresse de 1007 articles élevée par le législateur de l'Etat monarchique militaire puissant qu'était la Prusse au temps du grand Frédéric !

Quelque généreuse que soit l'idée dans son principe, on peut se demander si l'Etat sera toujours en mesure d'assurer le recrutement d'un personnel judiciaire à la hauteur d'une aussi imposante besogne ; et alors, si quelque défaillance doit se produire, combien plus général et plus redoutable apparaît le danger avec un tel système centralisateur qu'avec le système français !

Il n'est tout de même pas défendu de faire quelque crédit à la sympathie du tuteur pour son pupille, qui est souvent un de ses proches, et aux bons sentiments des membres du conseil de famille, que la loi choisit dans l'ordre d'affection présumé des deux lignes paternelle et maternelle.

Et, s'il existe hélas des cas où tout noble sentiment est suffisamment éteint chez tous les membres d'une famille, pour justifier la crainte de les voir abuser des pouvoirs

qu'on est obligé de leur confier, si, dans de pareils cas, on peut concevoir la nécessité d'un système de substitution aussi complet de la tutelle judiciaire à la tutelle familiale qu'était celui de l'Allgemeines Landrecht, est-ce une raison pour priver ceux des incapables auxquels leur bonne fortune aura épargné le malheur de naître ou de tomber dans un tel milieu des soins et de l'initiative de leurs proches, et de les en priver, pour les confier à un juge que souvent absorbent d'autres préoccupations ?

Le magistrat n'est qualifié que pour intervenir subsidiairement, dans les cas graves, en exerçant un pouvoir modérateur et régulateur, non pas un pouvoir de direction auquel ne le prédispose ni la nature de sa fonction, ni la généralité de ses attributions, et que sa situation d'étranger à la famille l'empêche de faire valoir avec toute la promptitude et tout l'à propos que réclament souvent des situations spéciales et délicates qu'il ignore.

PREMIÈRE PARTIE

LE MINEUR

CHAPITRE PREMIER

La Tutelle

I

CHOIX DU PERSONNEL

§ 1^{er}. — *Le conseil de famille*

Compétence. — La constitution du conseil de famille est une des premières opérations où, dès l'ouverture de la tutelle, il y a lieu de faire intervenir le magistrat. D'ailleurs, le conseil de famille, le corps délibérant de la tutelle, n'est pas une assemblée permanente: sa composition est nécessaire, tantôt pour nommer au mineur un tuteur ou un subrogé tuteur, tantôt pour soumettre à son approbation les actes les plus graves de l'administration du patrimoine de l'enfant.

L'article 406 du Code civil déclare le juge de paix du domicile du mineur compétent à l'effet de convoquer un conseil de famille pour nommer un tuteur.

Or, si tout le monde est tombé d'accord pour fixer, à

l'ouverture de la tutelle, le domicile du mineur au même lieu que celui de son père, des controverses se sont élevées sur la question de savoir si c'était à ce même juge de paix, dont la compétence avait été ainsi, une première fois déterminée, qu'il fallait recourir pour des convocations ultérieures : on s'est demandé si le domicile du mineur pouvait changer au cours de la tutelle, en même temps que celui du tuteur.

Il est incontestable que le vœu de la loi a été de composer, en faveur du mineur, une sorte de tribunal domestique, sous la haute responsabilité et sous la direction du juge de paix du canton. Il y a donc, semble-t-il, un intérêt supérieur à ce que le même juge de paix se retrouve, au cours de la tutelle, dans la mesure du possible, au milieu des mêmes parents qu'il aura d'autant mieux appris à connaître en siégeant plus souvent parmi eux (1).

Il importe aussi, si on veut maintenir au juge de paix un contrôle véritablement efficace, de ne pas permettre au tuteur de se soustraire à sa surveillance et à celle des parents qui ont constitué le premier conseil de famille, en changeant à son gré le domicile de la tutelle.

Et pourtant, la mort du père, qui était peut être fonctionnaire public a pu survenir dans un pays éloigné du centre de ses intérêts et de ses attaches familiales.

Ces considérations diverses ont conduit les auteurs et la jurisprudence à chercher, dans l'interprétation des textes, à accommoder aux situations multiples de la pratique la formule un peu rigide de l'article 406. De là des distinctions

(1) Colin et Capitant, t. I, p. 495.

entre ce que l'on a appelé le « personnel » et le « matériel » de la tutelle, en tirant argument de l'intitulé de la section dans laquelle est placé l'article 406; et aussi des différences plus subtiles que juridiques, proposées par les auteurs, entre les tuteurs testamentaires et légitimes et les tuteurs datifs (1).

En fait, en l'état actuel de notre législation, il peut arriver et il est arrivé que deux conseils de famille, formés dans deux lieux différents, aient fonctionné simultanément et aient nommé deux tuteurs (2).

A la vérité, il est difficile de fixer, comme a voulu le faire le Code, dans une formule rigide, une solution qui puisse s'adapter, d'une façon réellement satisfaisante, aux multiples situations que la pratique révèle et c'est à la sagesse du tribunal qu'il semble devoir être fait appel. C'est ce qu'a fait le Code civil italien (art. 249) en établissant, en principe, le domicile de la tutelle à l'endroit où se trouve le siège principal des affaires du mineur, mais en permettant de le transférer dans un autre ressort, par un jugement du tribunal, si le tuteur est domicilié au loin ou s'il déplace son domicile (3).

Seule, une réforme législative, qui introduirait dans notre

(1) Toullier et Duvergier, t. I, n° 1114. Duranton, t. III, n° 453. Demante, t. II, n° 158 bis, I et III. Demolombe Minorité t. I, n° 248 et s., etc. Planiol, t. I, n° 1775.

(2) La Cour de Cass. a décidé, dans ce cas, que la question de savoir lequel de ces deux tuteurs serait maintenu, devait être portée devant le tribunal de première instance du domicile de celui des deux tuteurs dont son compétiteur attaquait la nomination. *Actor sequitur forum rei* (18 juill. 1826. Bull. Arr. Cass. en Mat. Civ., 1826, n° 73).

(3) Planiol, t. I, n° 1776.

Code une disposition analogue à celle du Code italien, serait susceptible d'apporter à la question une solution définitive, et pourtant, en l'absence de texte le leur permettant, les tribunaux se sont quelquefois cru autorisés par la puissance du fait à faire fléchir la rigueur de la règle, dont la stricte application devait conduire à des résultats contraires à ceux que la loi a voulu atteindre. C'est ainsi que, pour des raisons d'espèce, la Chambre du Conseil du tribunal de la Seine a autorisé la convocation à Paris d'un conseil de famille que la stricte application de la loi commandait de réunir en Algérie, bien que le mineur, sa famille et ses intérêts fussent à Paris (1).

Initiative du juge de paix pour la convocation du conseil de famille. — Le fait qui va provoquer la convocation du conseil de famille s'étant produit, comment le juge de paix va-t-il être appelé à intervenir ?

C'est toujours le juge de paix qui ordonne la convocation, reste à savoir s'il agira d'office ou sur réquisition.

On s'accorde, en général, à reconnaître que le conseil de famille peut être convoqué d'office par le juge de paix dans tous les cas où ce magistrat juge la convocation nécessaire. Cette initiative doit appartenir à celui que la loi nomme président de ce conseil et qu'elle charge spécialement de veiller aux intérêts du mineur. Les articles 406, 421 et 446, qui lui

(1) Les époux L..., après avoir demeuré longtemps à Paris avaient été s'établir à Saint Cloud, en Algérie, où ils étaient morts laissant pour unique héritier leur fils qui avait été recueilli par son oncle habitant Paris (Bertin, Ch. du Conseil t. I, n° 460). Voy. aussi Colin et Capitant, t. I, p. 495.

confèrent expressément ce droit lorsqu'il s'agit de la nomination ou de la destitution d'un tuteur, ne sont pas limitatifs (1) ; en tous cas, nul doute qu'il ne puisse ne doit agir d'office en ce qui concerne le choix du personnel de la tutelle.

Mais, une question d'ordre pratique se pose.

Comment le juge de paix sera-t-il mis au courant du fait qui rend nécessaire l'organisation de la tutelle et la convocation du conseil de famille ?

L'article 406 dispose que « le conseil de famille sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du canton du domicile du mineur » et que « toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur ».

Deux catégories de personnes existent donc : celles qui ont le droit de réquisition, celles auxquelles la loi n'a donné que la faculté de dénoncer au juge le fait qui donne lieu à la constitution de la tutelle. Lorsque l'avis émane de ces dernières, le juge de paix n'est pas obligé d'en tenir compte et, s'il obtempère, il s'approprie l'initiative et agit en son nom, d'office. Mais, qu'arriverait-il s'il refusait de faire la convocation requise par une personne investie du droit de la demander ? De deux choses l'une, ou il rendrait une ordonnance pour motiver son refus et alors on pourrait porter

(1) Demolombe, t. I, n° 280. — Laurent, t. IV, n° 452.

Aubry et Rau font cependant remarquer (t. I, n° 94 note 1 *bis*) qu'une semblable extension de pouvoirs semble peu compatible avec la précision que le législateur apporte au règlement de toutes les questions concernant la convocation du conseil de famille.

appel, ou il ne rendrait même pas d'ordonnance et alors il y aurait le cas de prise à partie (1).

Mais, en pratique, bien plus nombreux seront les cas où le juge de paix n'agira pas parce qu'il n'aura été averti par personne, que ceux où, par une invraisemblable obstination, il aura refusé son concours (2).

Il existe bien, dans la hiérarchie judiciaire, un autre magistrat, protecteur né des incapables, c'est le Ministère Public. On pourrait se demander si, à ce titre, il n'aurait pas le droit de provoquer la composition du conseil de famille.

En général on répond négativement, par le motif que le Ministère Public ne peut agir d'office, en matière civile, sans un texte spécial qui n'existe pas en la matière. De très anciens arrêts de la Cour de Cassation se sont formellement prononcés en ce sens, même dans des cas où l'intervention aurait pu se justifier par une opposition d'intérêts entre le mineur et son tuteur (3).

Les auteurs regrettent que la loi n'ait pas confié cette attribution au Ministère Public, cependant, il ne faut pas exagérer l'importance de cette omission: Si le Ministère Public est au courant d'un fait qui rende nécessaire la convocation d'un conseil de famille, rien ne l'empêche d'en avertir le juge de paix et de l'inviter à y procéder; nul doute que celui-ci

(1) C. proc. art. 305-307.

(2) Voyez Colin et Capitant, t. I, p. 526 et le résultat de l'enquête faite par le Ministère de la Justice en 1872 par M. Dufour alors ministre, enquête qui a révélé 212.784 tutelles non organisées.

(3) Cass., 27 Frim. an XIII, S. et P. Chr. D. A., II, 38. — 11 août 1818, S. et P. Chr. D. A. 12.708). Demolombe, Minorité, t. I, n° 287, p. 193. — Baudry-Lac, t. I, n° 864, p. 544. — Aubry et Rau, t. I, n° 94, p. 607 texte et note I. — Laurent, t. IV, n° 453.

n'agisse alors immédiatement, comme il l'eût fait en présence de la dénonciation d'un simple particulier. D'ailleurs, au point de vue pratique, à part quelques cas particuliers que le procureur de la république, pourrait, de par l'exercice même de sa fonction, être appelé à connaître et à signaler les événements de nature à provoquer l'intervention du juge de paix parviendront en général d'une façon plus rapide et plus complète à sa connaissance qu'à celle du Ministère Public, à cause de sa compétence territoriale plus restreinte.

Si, en fait, de nombreux mineurs restent longtemps, sinon toujours, sans tuteurs, le vice du système vient bien plutôt de ce qu'aucune autorité locale n'est spécialement chargée de dénoncer au juge de paix le fait donnant ouverture à la tutelle.

Par sa nature, la machine judiciaire n'agit que lorsqu'elle est sollicitée, on ne saurait attendre d'elle une organisation propre à assurer une surveillance efficace ; mais, les maires pourraient se souvenir qu'ils sont les protecteurs des biens de leurs administrés et qu'à ce titre, il est de leur devoir de signaler au juge de paix les événements, survenus dans leur commune, et qui sont susceptibles de provoquer son intervention.

Des tentatives du législateur ont déjà eu lieu dans ce sens, pour réglementer cette surveillance locale indispensable, entre autres le projet déposé à la Chambre par Jules Favre (1) en 1878. Aucune n'a malheureusement abouti jusqu'ici.

(1) Le projet Jules Favre, qui élargissait le contrôle des pouvoirs publics et confiait notamment aux maires le soin d'avertir les juges de paix de l'ouverture des tutelles a été repoussé par la Chambre trois ans après son dépôt, le 24 fév. 1881. — Voy. Colin et Capitant, t. I, p. 527.

Initiative du Juge de paix dans la composition du conseil de famille. — Que le juge de paix soit requis ou qu'il agisse d'office, le Code Civil a édicté, d'une façon minutieuse, les règles auxquelles il doit se conformer pour composer le conseil de famille.

Pourtant, après avoir pris soin de désigner, dans les articles 407 et 408, les personnes qui devront être appelées, à la condition d'habiter dans la commune ou dans un rayon de deux myriamètres, l'article 409 s'en remet au juge de paix pour convoquer des parents ou alliés à des distances plus grandes ou pour faire appel, dans la commune même, à des amis, lorsqu'il n'y a pas sur les lieux des parents ou alliés en nombre suffisants, et l'article 410 va jusqu'à lui permettre, lors même que cette circonstance n'existerait pas, de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degré ou de même degré que les parents présents.

Eviter des frais en supprimant de trop grands déplacements, prévenir aussi une cause de retards préjudiciables au mineur, telle est la faculté que la loi a voulu laisser à l'appréciation du juge de paix. On a soutenu que si des parents plus proches, habitant au loin, offraient de venir à leurs frais et qu'il n'en résultât pas un retard préjudiciable aux intérêts de l'enfant, le juge de paix n'aurait pas le droit de les remplacer (1). Il n'en reste pas moins vrai que c'est le juge de paix qui devra décider de cette question de savoir si le retard est ou non préjudiciable au mineur et que, par suite, c'est à lui et à lui seul que reste la faculté d'appliquer ou non

(1) Encyclopédie du droit. Cons. de fam., n° 32.

l'article 410 (1). C'est donc lui qui seul est chargé de dresser la liste des membres du conseil de famille, c'est là une prérogative inhérente au caractère public dont il est revêtu et à l'impossibilité, qui doit se rencontrer chez lui plutôt que chez des parents, de se laisser émouvoir par des passions ou des intérêts contraires, d'où il suit qu'aucun membre de la famille ne peut se permettre d'usurper l'autorité qui est confiée au juge de paix à cet égard (2).

Sans doute, en général, se renseigne-t-il auprès des parents, il peut adopter, et même il adopte souvent, la liste que ceux-ci lui proposent mais son devoir est de s'enquérir si cette liste est exacte et en l'adoptant il se l'approprie.

Voies de recours. — Le juge de paix ayant donc en toute liberté constitué sa liste, il va pouvoir se produire, quant à la composition du conseil, des protestations de parents ou alliés, qui vont se prétendre éliminés à tort. Quelle voie de recours va leur être ouverte ? Si, en effet, on ne peut admettre qu'un autre que le juge de paix puisse faire citer tel ou tel parent, il faut pourtant une sanction aux règles de composition que la loi a édictée, quand il ne s'y est pas conformé et refuse de revenir sur sa décision.

Pourra-t-on se pourvoir, directement et préalablement à toute délibération, devant le tribunal de première instance ? Il n'y a encore aucune délibération qu'on puisse attaquer et, en ce sens, il a été jugé que, le droit de statuer provisoirement sur les difficultés qui peuvent surgir relativement à la composition du conseil de famille appartenant au juge de

(1) Rouen, 29 nov. 1816. Dupré-Syrey, 1817, II, 76.

(2) Paud Fr. t. XX, p. 634.

paix, c'est à tort que les difficultés de cette nature seraient portées pour la première fois au tribunal civil (1).

Pourra-t-on s'adresser au juge des référés ?

Une décision en ce sens a été rendue en Belgique où on a jugé que ceux qui prétendent avoir droit à faire partie du conseil de famille peuvent, s'il y a urgence, saisir compétemment le juge des référés d'une demande tendant à ce qu'il soit sursis provisoirement à la composition du conseil de famille. « Si, en effet la composition du conseil de famille appartient au juge de paix l'exercice de cette attribution demeure soumise au contrôle des tribunaux » (2).

Sans doute, alors, le juge de paix, averti de l'irrégularité commise par mégarde, pourra-t-il revenir sur sa décision et appeler au conseil de famille les personnes qui devaient régulièrement y figurer, mais s'il n'obtempère pas la question reste entière.

La solution à laquelle se rallient en général la doctrine et la jurisprudence consiste à admettre seulement le recours pour vice de forme contre la délibération quelconque qui sera prise par le conseil irrégulièrement constitué (3).

Voilà donc le tribunal saisi, non pas d'un recours contre la constitution du conseil de famille, mais d'un pourvoi, pour vice de forme, contre la délibération à laquelle il aura procédé.

(1) Trib. Lyon, 6 août 1892. Monit. J. de p., 1892, p. 550. La loi du 8 nov. 1892. Monit. Jud. Lyon, 4 nov. 1892.

(2) Bruxelles, 18 mai 1844. Pasier Belge, 1845.2.264. Belg. jud. 1845, p. 244.

(3) Trib. de la S., 24 fév. 1865, Gaz. Trib. 27-28 fév. 1865. Demolombe, t. I, n° 276. Planio, t. I, § 1796.

Or, aucun texte ne prononce la nullité des délibérations des conseils de famille pour violation des règles de leur composition ou du mode de leurs délibérations. Il appartient aux tribunaux d'apprécier la gravité des irrégularités et de rechercher si les mineurs ont été privés des garanties que la loi a voulu leur accorder (1), et surtout s'il y a eu violation des prescriptions de la loi dans une pensée de fraude (2).

Les décisions de la justice se montrent très larges pour valider les délibérations de conseils de famille où les intérêts des incapables semblent avoir reçu toute la protection désirable.

C'est ainsi que l'on a jugé notamment:

Que la délibération d'un conseil de famille n'est pas nulle par le seul fait qu'un parent d'un degré plus éloigné a été appelé pour en faire partie au lieu d'un parent d'un degré plus proche (3).

Que le juge de paix pouvait appeler à titre d'amis des personnes domiciliées hors de la commune, s'il estimait qu'elles avaient une connaissance suffisante des intérêts et des besoins des incapables et qu'aucune personne domiciliée dans la commune n'était désignée comme devant être préférée (4), (etc.).

Que reste-t-il, devant de telles décisions, des minutieuses prescriptions du Code Napoléon!

(1) Trib. Bourges, 7 janv. 1886. P. Fr. pér. 86.2.48.

(2) Chambéry, 19 janv. 1886, Journ. des greffiers, 1887, p. 462, D. 87.2.61.

(3) Trib. Tournay, 14 août 1843. Belg. jud. 1843, p. 1638.

(4) Trib. Mous, 29 janv. 1892, Pasier Belge, 1892.3.305.

Les tribunaux se reconnaissent le pouvoir discrétionnaire le plus étendu pour apprécier les circonstances particulières de nature à excuser les irrégularités commises, alors qu'elles sont exemptes de tout soupçon de dol ou de connivence et de tout caractère préjudiciable aux intérêts du mineur que la loi a voulu protéger (1).

Ils valident les délibérations dans la plupart des cas, à moins qu'il ne leur apparaisse que les intérêts des mineurs ont été insuffisamment sauvegardés, auquel cas, ils prononcent la nullité (2).

§ 2. — *Le tuteur*

Il n'est pas de plus grave question, au point de vue de la sauvegarde des intérêts du mineur, que celle du choix de son représentant légal, le tuteur.

Le législateur, en effet, ne saurait chercher une protection suffisante dans un resserrement indéfini du contrôle familial ou de la surveillance judiciaire sur la gestion du tuteur, pour mettre à l'abri le patrimoine du pupille, dans les multiples circonstances où la seule inertie peut devenir une cause de péril. L'amoncellement des formalités ne devant d'ailleurs, trop souvent hélas, assurer au pupille d'autre bénéfice qu'une lourde note de frais à payer, écrasante rançon de la sollicitude légale.

(1) Cass. 4 nov. 1874, D. 75.1.214, 20 janv. 1875, S. 75.1.217. Trib. de la S., 6 juin 1882, Monit. j. de p., 1882, p. 336. — Orléans, 3 fév. 1883, Gaz. Pal., 84.1.85. — Paris, 11 janv. 1884, Gaz. Pal., 84.2.313. — Colin et Capitant, t. I, p. 495.

(2) Lyon, 31 juill. 1886, Monit. Jud. Lyon, 1^{er} déc. 1886. Aubry et Rau, t. I, n° 96, note 22 à 28.

Il faut au tuteur des qualités d'un genre tout spécial, entre autres l'attachement et le dévouement, et c'est justement à cause de l'importance de ces sentiments quasi paternels, dont le bon tuteur doit être animé pour son pupille, que le Code civil a fait de sa nomination, avant tout, une affaire de famille.

N'a-t-il pas en effet, dès l'ouverture de la tutelle, confié d'abord la mission tutélaire au survivant des père et mère, pensant trouver chez lui cette tendre sollicitude à laquelle il attachait à juste titre tant de prix? N'a-t-il pas permis aussi au dernier survivant de choisir par testament le tuteur de l'enfant et de lui laisser aussi, par delà la tombe, comme un dernier reflet de l'amour paternel disparu? N'a-t-il pas enfin, à défaut de tuteurs testamentaires, déferé la tutelle aux ascendants, non plus, comme le droit romain, au titre d'héritiers présomptifs, mais, au nom de l'affection toujours si vive des grands parents pour leurs petits enfants? (1).

Et alors, lorsqu'un enfant mineur restait sans père ni mère, ni tuteur, ou tutrice élus par ses père et mère, ni ascendant, comme aussi lorsque le tuteur se trouvait dans un cas d'exclusion (art. 405), puisqu'il fallait pourvoir à la nomination d'un tuteur ou d'une tutrice, il était parfaitement logique de s'en remettre à la famille; c'est ce qu'a fait le Code civil.

Autrefois, cette tutelle dative était conférée par le juge,

(1) Le trop grand nombre de tutelles légales a souvent soulevé les critiques de la doctrine. En particulier celle des ascendants qui sont souvent trop âgés pour être de bons tuteurs. Il ne faut pas oublier que, dans l'ancien droit la tutelle était toujours dative. Cette solution est aujourd'hui celle du Code civil Suisse. — Voyez Colin et Capitant, t. I, p. 529.

d'après un avis de parents, aujourd'hui elle est déférée par les parents eux-mêmes; sans doute, au sein du conseil de famille, siège, comme président, le juge de paix, mais sa voix, bien que prépondérante n'est jamais qu'un avis, qu'une indication, c'est donc à la famille et à la famille seule, réunie en conseil, que le Code a attribué le pouvoir qu'il a par ailleurs reconnu au survivant des père et mère.

Homologation. — Mais, dans les cas où le conseil de famille est appelé à délibérer sur des affaires graves, ses délibérations sont soumises à l'homologation du tribunal. La question s'est donc posée de savoir si la décision nommant un tuteur devant être présentée de cette façon au contrôle du magistrat. Or, si l'énumération légale des actes qui donnent lieu à l'homologation de justice est, à juste titre, considérée comme limitative, afin de ne faire intervenir le juge dans la gestion tutélaire que lorsqu'il y a lieu d'attendre de cette intervention quelque bénéfice pour les intérêts du mineur, il est incontestable que la nomination d'un tuteur, affaire purement personnelle qui comporte l'appréciation de qualités et de circonstances échappant forcément à l'examen de personnes étrangères à la famille, est une opération qui se prête moins que toute autre aux investigations du pouvoir judiciaire. S'il est déjà particulièrement délicat pour le magistrat de se prononcer sur l'opportunité d'une entreprise à faire au nom du pupille, combien plus subtile encore serait pour lui la question de savoir si tel individu, désigné par le conseil de famille en connaissance de cause, possède ou non les qualités requises pour faire un bon tuteur alors surtout que la

délibération ne soulève aucune contestation. De nombreux arrêts ont du reste résolu le problème en ce sens en se refusant à homologuer les délibérations anonnant des tuteurs (1), et même, en laissant les frais de procédure, mal à propos engagés pour arriver à l'homologation, à la charge de ceux qui en auraient pris inutilement l'initiative (2).

Voies de recours. — Mais, cette intervention du pouvoir judiciaire, inutile et même inopportune dans le cas où aucune contestation ne se produit, ne va-t-on pas y recourir lorsque le choix du conseil de famille soulève des protestations. Ici, en effet, la décision de la famille est susceptible de donner lieu à des soupçons, puisque quelqu'un prend l'initiative de l'attaquer et, d'autre part, l'article 883 du Code de procédure dispose en termes généraux que « toutes les fois que... » l'intérêt du mineur l'exige, les délibérations des conseils de famille peuvent être l'objet d'un recours devant les tribunaux.

Beaucoup d'auteurs et de nombreux arrêts (3) ont accueilli le recours de l'article 883 du Code de procédure, bien que celui-ci soit relatif aux délibérations concernant l'entretien des biens; il leur a paru que les raisons qui ont dicté l'article 883 n'ont pas moins de gravité lorsqu'il s'agit de l'organisation du personnel de la tutelle, qui n'est en somme que l'opération préliminaire nécessaire à l'administration du patrimoine, et qu'il y a lieu de craindre, là comme ailleurs, la

(1) Ch. du Cons. de la S., 12 mai 1849, 30 avril-6 juillet 1853, 5 juill. 1854. Bertin, Ch. du Cons., t. I, n° 458.

(2) Montpellier, 9 juill. 1869, D. 70.2.180, de Fremerville, Minorité, t. I, n° 10; Jay, Traité du Cons. de famille, n° 264.

(3) Voyez Planiol, t. I, n° 1797.

légèreté, le défaut d'examen et de réflexion, peut être aussi d'autres influences plus mauvaises encore et plus dangereuses.

Et, en vérité, il peut paraître invraisemblable que le conseil de famille soit libre de confier à un individu taré, à un failli par exemple l'administration des biens du mineur et que de telles nominations soient absolument inattaquables.

Enfin, a-t-on dit, n'y a-t-il pas une trahison au préjudice du mineur et une fraude à la loi, en même temps qu'une iniquité vis-à-vis du parent éloigné ou de l'étranger, que le conseil de famille n'aurait chargé de la tutelle que pour décharger ceux de ses membres auxquels cette charge devait incomber ? N'est-il pas juste que ce tiers lui-même puisse réclamer contre la délibération ? (1).

Certes, on est naturellement séduit par la générosité du principe et pourtant une grande partie de la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation, affirmée notamment par un arrêt du 23 juin 1902, (2) se prononcent dans le sens du refus du pourvoi contre les nominations de tuteurs (3).

Il est difficile de contester que les auteurs du Code civil aient considéré la décision de la famille comme souveraine ; une telle conception répond trop parfaitement aux idées que l'on professait au siècle dernier pour pouvoir être sérieusement mise en doute et tous les arguments que la doctrine a

(1) Merlin, Rép. v^o tutelle, Sect. II, § 3, art. 3, n^o 7; Delmicourt, t. I, p. 108, note 3; Zacharisi, t. I, p. 190. — Nombreux arrêts dans Dalloz, Supp. v^o Minorité, n^o 172, Paris, 19 mars 1887, D. 88.2.176, Dijon, 14 janv. 1891, D. 91.2.223. Caen, 13 déc. 1897, D. 98.2.505.

(2) D. 1902.1.347 et note du Proc. gén. Beaudoin. — Planiol, t. I, n^o 1797.

(3) Voyez Aubry et Rau, t. I, n^o 96, p. 618.

employés pour écarter l'application de l'article 883 du Code de procédure sont évidemment l'exacte traduction des sentiments que l'on avait en 1804 sur la toute puissance et l'infailibilité de la famille.

Il semblait alors que le conseil de famille nommant un tuteur exerçait les mêmes fonctions que le père, auquel personne n'eut osé songer à imposer un contrôle, et la décision du conseil de famille était entourée de garanties supérieures puisque le juge de paix était à même de lui donner une orientation favorable.

D'ailleurs le Code civil, qui avait formellement statué (art. 439 et 448) en ce qui concerne la destitution des tuteurs, avait manifesté, par son silence même, à l'endroit du recours contre les délibérations nommant un tuteur, sa volonté de maintenir à l'opération son caractère strictement familial, à l'abri de toute immixtion étrangère.

Il ne semble pas contestable que l'article 883 du Code de procédure, écrit à une époque où les idées relatives à la famille avaient conservé toute leur force, ait été rédigé uniquement pour ce qui touche le matériel de la tutelle et non pour ce qui concerne le personnel (1).

Mais, il est certain d'autre part que le contrôle judiciaire nous apparaît aujourd'hui comme nécessaire dans bien des cas où le législateur de 1804 l'avait jugé superflu ou inopportun, à raison d'un prétendu caractère vexatoire pour la

(1) Pourtant il a été dit que l'art. 883 serait un « complément utile » du système du Code civil en organisant une « surveillance combinée du conseil de famille et de la justice pour tous les cas, même pour la nomination du tuteur ». Rapport des commissaires du gouv. au corps législatif. Planioi, t. I, n° 1797.

famille, et les occasions n'ont pas manqué, où la jurisprudence a trouvé que son rôle était d'admettre autant qu'elle le pouvait, sans violer la loi, tous les moyens qui pouvaient s'offrir de redresser en faveur des incapables les décisions qui paraissaient contraires à leurs intérêts.

Or, s'il apparaît comme probable que le législateur de 1807 n'a pas visé dans l'article 883 les opérations concernant le personnel de la tutelle, les termes généraux qu'il a employés n'en permettraient pas moins au juge de 1920 d'en généraliser l'application si cette généralisation devait répondre à un besoin manifeste.

Si on assiste au phénomène inverse, et si la jurisprudence de la Cour de cassation se refuse à accueillir le recours, c'est que le juge reconnaît qu'il n'est pas dans son rôle d'apprécier les éléments essentiellement impondérables qui constituent les qualités d'un individu à remplir les fonctions de tuteur. Il est dans ses attributions de dire si telle personne est en état de faillite, mais il lui échappe de savoir si cette même personne n'est pas la seule qui soit animée pour la pupille des sentiments d'affection qui en feront son meilleur protecteur. De telles appréciations se dérobent à un contrôle étranger, et, en dehors des cas exceptionnels où il y aurait entre les membres du conseil une collusion frauduleuse, qui justifierait des poursuites, elles doivent rester l'attribut de la famille seule.

II

FONCTIONNEMENT DE LA TUTELLE

§ 1^{er}. — *Rôle du juge de paix comme président du conseil de famille*

Convocations. — Soit d'office, soit à la requête des personnes que la loi a énumérées, c'est le juge de paix qui convoque le conseil de famille, et, à l'occasion des réunions de ce conseil, on constate encore l'intervention de l'autorité judiciaire dans l'intérêt des incapables, puisque c'est le juge de paix qui prononce, contre les non comparants, l'amende prévue par l'art. 443, après avoir apprécié les motifs d'excuse, pure question de fait à décider d'après les explications qui lui sont fournies, soit par lettre, soit par des membres présents, soit même par des circonstances qui sont à sa connaissance personnelle. C'est encore à lui qu'il appartient de décider, d'après l'importance de l'affaire et lorsque les membres présents sont au moins les trois quarts des membres régulièrement convoqués, s'il y a lieu de surseoir à la délibération, ou d'y procéder de suite, ou encore de compléter l'assemblée pour le jour même ou pour un jour suivant.

Enfin ses attributions sont encore de vérifier la régularité des mandats dont sont porteurs les représentants des membres absents. La loi, en effet, autorise à admettre la représentation par mandataire, mais à la condition que le mandat soit spécial et surtout non impératif, afin de maintenir à la discussion son véritable objet, qui doit être de rallier à un

avis unique, par le libre jeu de concessions réciproques, les opinions libres des assistants (1).

Délibérations. — Cette mission de police préalablement remplie, quelle va être dans la délibération du conseil de famille la part du magistrat ?

« Le juge de paix, dit Laurent (2), est membre né du conseil de famille, il en est en même temps le président. Il n'y a pas de corps délibérant sans président, il n'y a donc pas de conseil de famille sans juge de paix. S'il est empêché il doit se faire remplacer par son suppléant ».

Il ne suffit pas que le juge de paix préside, il faut aussi qu'il prenne part à la délibération car, comme l'a dit l'orateur du gouvernement, c'est sur sa prudence, son expérience des affaires, son esprit de conciliation que le législateur a compté pour mener à bien les délibérations où les passions et les intérêts opposés jouent souvent un si grand rôle. Si le juge de paix ne prenait pas part à la délibération, ce serait comme s'il n'y assistait pas et, sans juge de paix, il n'y a pas de conseil de famille.

Le projet portait en effet que les fonctions du juge de paix se borneraient à la direction et à la rédaction des délibérations du conseil (3), cet article a été supprimé à dessein

(1) Les membres du conseil usent et abusent de ce pouvoir de se faire remplacer et on voit parfois, surtout à Paris des conseils de famille presque uniquement composés de clerks d'avoués et de notaires. — Colin et Capitant, t. I, p. 523.

(2) Laurent, t. IV, n° 431.

(3) Locré, Législ. civ., t. III, p. 133.

et si, sans doute, le juge de paix dirige et oriente la discussion, il doit aussi discuter et voter lui-même.

Non seulement le juge de paix doit voter, mais encore il doit motiver son avis, toutes les fois que les décisions ne sont pas prises à l'unanimité, (art. 883, C. proc.) et toujours, dans les délibérations qui prononcent sur une destitution du tuteur (1), alors même qu'elles auraient rallié l'unanimité des suffrages.

Les tribunaux se montrent cependant assez larges relativement à cette obligation, faite au juge de paix, de motiver son avis (2). S'ils ne peuvent, en présence du texte impératif de la loi l'en affranchir ouvertement, ils vont parfois jusqu'à admettre que le défaut de mention de l'avis n'équivaut pas nécessairement au défaut d'avis, lorsqu'il leur paraît conforme à l'intérêt de l'incapable de ne pas annuler la délibération. Ainsi un arrêt de la Cour de Douai (3) s'est refusé à prononcer la nullité d'une délibération, bien que le procès verbal ne mentionnât pas l'avis du juge de paix. « Attendu que cette apparence peut n'être pas conforme à la vérité, que les vraisemblances sont que le juge de paix qui a présidé le conseil de famille a pris part à la délibération de ce conseil et qu'il faudrait une preuve formelle que ce magistrat n'y ait pris réellement aucune part pour détruire cette présomption ».

(1) Lyon, 13 mars 1845, S. 46.2.429.

(2) Il a été jugé que l'obligation du juge de paix a pu être réputée satisfaite par lui dans une délibération prise sur la question de savoir s'il y avait ou non lieu de demander la nullité d'une vente immobilière pour vilité de prix, alors qu'il ignorait la valeur réelle des biens vendus (Grenoble, 18 déc. 1845, S. 46.2.149).

(3) Douai, 23 juin 1880, Monit. j. de p., 1880, p. 421.

Il faut voir dans de semblables décisions, la consécration du caractère tout spécial de la question qui est posée en ces sortes d'affaires et que nous retrouverons à propos des homologations: l'opinion du juge de paix, comme celle d'ailleurs des membres du conseil de famille, est susceptible d'être formée de sentiments personnels suffisamment subtils et impondérables pour se prêter difficilement à la fixité d'une formule précise. Et le détour ingénieux d'une distinction entre le défaut de mention et le défaut d'avis, pour couvrir l'irrégularité, cache évidemment le dessein d'excuser, malgré les termes exprès des textes, une omission qu'explique suffisamment la nature indéfinissable des impressions toutes personnelles qui forment l'opinion du juge de paix.

Le Code a souligné (art. 416) le caractère d'autorité qu'il entendait attacher à l'avis du juge de paix, en déclarant sa voix prépondérante en cas de partage, mais l'incertitude dans laquelle il est resté, sur le sens à donner au mot « partage », dans les cas où il se forme plus de deux opinions et où aucune d'elles ne réunit la majorité absolue, a donné lieu dans la doctrine à de longues discussions. A la vérité, la question est sans issue et le juge de paix est impuissant à départager les avis (1).

La seule solution du problème semble être dans un recours au tribunal ; ainsi en a décidé un arrêt de la Cour d'Aix, (2) où il est reconnu qu'il appartient aux magistrats de porter remède à cette situation, en ordonnant, par exemple, s'il y a lieu, la convocation d'un nouveau conseil, auquel ne seraient

(1) Planiol, t. I, n° 1792.

(2) Aix, 10 mars 1840; Imbert, fév. 1840.2.346.

pas appelés ceux des membres du conseil dissous dont l'obstination aurait empêché la délibération d'aboutir à un résultat. Et c'est là un des nombreux exemples où le magistrat a eu à trouver un moyen à la fois conforme à l'esprit des textes et favorable aux intérêts des incapables, pour suppléer au silence de la loi.

On objecte, sans doute, qu'un semblable expédient a le grave inconvénient de punir, en quelque sorte, les membres dissidents qui marquaient peut-être, par leur obstination, leur réel attachement à la cause du mineur ; mais la nécessité d'une solution définitive est plus forte que ces scrupules de juristes et l'appel qui est ainsi fait à la puissance tutélaire du tribunal apparaît comme le parti le plus sage et le plus conforme aux principes généraux sur ce sujet.

Aussi le juge de paix prend une part active à la délibération en la présidant et en émettant son vote comme les membres de la famille.

Une question se pose alors : le juge de paix est un juge ; est-ce comme juge qu'il préside le conseil de famille et exerce-t-il une juridiction en prenant part à ses délibérations ? Cette question n'a pas seulement une portée théorique, des solutions pratiques en dépendent, notamment quant aux causes possibles de récusation et quant à l'exercice des recours contre les délibérations.

« Or, si le juge de paix siégeait comme juge, dit Laurent (1), il faudrait lui appliquer le principe que le juge ne

(1) Laurent, t. IV, n° 431.

peut connaître deux fois de la même chose, de sorte que si une délibération du Conseil était annulée, le juge de paix qui a présidé la première réunion ne pourrait pas présider la seconde. Le tribunal de Paris l'a décidé ainsi (Jug. du Trib. de la S. v. Dalloz, *vo* Minorité); mais l'erreur est évidente. C'est à raison des fonctions de conciliation qu'il remplit habituellement, que la loi l'a choisi pour présider le conseil de famille; mais le président du Conseil n'est pas juge, pas plus que le Conseil n'est un tribunal. Le même Conseil, composé identiquement des mêmes membres peut être appelé à plusieurs reprises à donner son avis sur la même affaire ».

Dès lors, si ce n'est pas comme juge qu'il préside le Conseil de famille, il faut conclure, et on conclut en effet, généralement, relativement aux causes de récusation, qu'il doit s'abstenir seulement: 1^o lorsqu'il a un intérêt personnel contraire à celui du mineur; 2^o lorsqu'il a avec lui un procès dans les conditions prévues par l'article 442; 3^o et aussi, même (quoique cela puisse paraître contestable), lorsqu'il serait son parent ou allié, afin de ne pas rompre l'équilibre que la loi a voulu établir entre les deux lignes (1).

Si on poursuivait toutes les conséquences logiques du raisonnement, on devrait lui reconnaître le droit, comme à tout membre du Conseil de famille, d'attaquer la délibération et d'exercer le recours de l'article 883 du Code de procédure. Et, cependant, malgré l'intérêt indiscutable pour le mineur à ce que le juge de paix, son protecteur né, soit mieux armé

(1) Metz, 20 avril 1820, D. 22, II, 59.

Trib. de Furnes, 14 fév. 1885, *Pasier Belge*, 1885.3.334.

que tout autre pour sa défense, les auteurs sont d'accord pour lui refuser ce droit (1).

Le juge de paix, dit-on, doit rester en dehors de ces débats irritants, afin de conserver son rôle et son influence de modérateur. Si on lui permettait d'agir, il faudrait permettre aussi de diriger l'action contre lui ce qui est inadmissible (2).

Solution regrettable, qui laisse le juge de paix impuissant à empêcher l'exécution d'une délibération qui lui paraît contraire aux intérêts du mineur. Pas même ne pourra-t-il s'adresser au Ministère Public, auquel est refusé le droit d'agir en matière civile par voie directe et principale : « vainement, dit Laurent à propos de l'intervention du Ministère Public, invoquerait-on l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 qui permet de poursuivre d'office l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public; il y a une disposition spéciale, l'article 883, qui ne comprend pas le Ministère Public » (3).

Tel est le rôle du juge de paix, comme président du Conseil de famille. Est-il le parent désintéressé et éclairé, reste-t-il le juge ? — La vérité semble être qu'il est tantôt l'un, tantôt l'autre.

En tous cas, sa mission principale revêt, avant tout, un

(1) Aubry et Rau, t. I, n° 96, p. 616, note 4; Laurent, t. IV, n° 467; Hue, t. III, n° 319; Demolombe, t. I, n° 337; Planiol, t. I, n° 1799.

(2) Pourtant il a été jugé, en Belgique que le juge de paix était membre du Conseil de famille au sens de l'art. 883, C. proc. civ., et qu'il pouvait former opposition aux délibérations de ce conseil (Trib. de Furnes, 14 fév. 1885. Pasier Belge, 85.3.334). Le même arrêt reconnaît que le Ministère Public a le droit de poursuivre d'office la reformation d'une décision du conseil de famille parcequ'il a un droit d'action en matière civile pour l'exécution des lois intéressant l'ordre public.

(3) Laurent, *loc. cit.*

caractère moral. Il doit apporter aux délibérations l'influence de son esprit conciliateur et, en même temps de la dignité de sa fonction ; mais si des difficultés graves se produisent, c'est devant des magistrats de carrière, inamovibles, jugeant en droit et non en équité, que doivent être portés les différends entre les parties, et il apparaît même comme souhaitable de lui voir reconnaître, par le législateur, la faculté, qui lui est refusée aujourd'hui, de provoquer, en exerçant le recours de l'article 883 du Code proc. civ., cet examen du tribunal de droit commun, quand il reconnaît que la délibération qu'il a présidé et à laquelle il a pris part, lèse les intérêts du mineur.

§ 2. — *Rôle du tribunal*

Sans doute, la présence du juge de paix au sein du conseil de famille, où il siège comme président avec voix prépondérante, est-elle, pour les intérêts du mineur, la garantie d'une discussion saine et impartiale ; et cependant, il a paru utile au législateur de faire intervenir un contrôle supplémentaire : celui du tribunal de première instance.

On sait, en effet, que la loi distingue entre les actes que le tuteur peut faire seul, ceux pour lesquels il doit obtenir l'autorisation du conseil de famille, ceux enfin pour lesquels il lui faut, en outre, l'homologation de justice.

Un double rôle incombe donc au tribunal : d'une part une mission de juridiction gracieuse, où, en dehors de toute contestation, il est appelé à statuer pour approuver ou réprouver après examen, dans les cas les plus graves, les initiatives du

tuteur, préalablement soumises à la délibération du conseil de famille, d'autre part, un rôle de juridiction contentieuse, où il est appelé à se prononcer sur les recours que peuvent former contre les délibérations du conseil de famille les personnes qui composent le gouvernement tutélaire.

La première mission, disent les commentateurs, relève de son imperium, la seconde de sa juris-dictio.

A. La juridiction gracieuse. Homologation. — De tous temps, le droit du juge et celui de sanctionner ou d'autoriser sur requête ont été distingués et soumis à des règles différentes :

En droit romain, le proconsul, qui ne pouvait rendre la justice que dans sa circonscription territoriale, dans son prétoire et publiquement, pouvait émanciper, nommer un amateur, affranchir, quocumque loco, sur la voie publique, au théâtre ou au bain (1).

Dans notre ancien droit, le lieutenant civil qui présidait à l'audience de la prévôté, du parc civil et de la Chambre civile possédait également une sorte de juridiction « en son hôtel » au sujet de certaines affaires sommaires qui requéraient une prompte exécution « on y portait les référés, les saisies arrêt, les avis de parents, actes de tutelle, curatelle, interdictions volontaires ou forcées, autorisations de femmes mariées au refus du mari (2) ». Dans toutes ces matières, le lieutenant civil avait la plénitude de juridiction,

(1) Institutes, L. I, tit. 5, § 2.

(2) Ancien style du Châtelet de Paris, 2^e partie, p. 8; Bertin, Chambre du conseil, t. I, p. 14.

mais, s'il survenait quelque difficulté il devait en faire un rapport en la Chambre du conseil (1).

Il s'est produit, dans notre droit moderne, une sorte de dédoublement dans la juridiction gracieuse, que l'ancien droit confiait tout entière au lieutenant civil, sauf intervention de la Chambre du conseil en cas de difficultés: le président du tribunal, en son hôtel, n'a conservé que la connaissance des référés, par exemple en matière de saisie-arrêt, gagerie ou foraine, la comparution en conciliation en matière de divorce, etc...; quant aux homologations, nominations d'administrateurs judiciaires, de curateurs... etc., elles ont été attribuées à la chambre du conseil.

Il est cependant resté, dans la procédure, un vestige de l'ancien état de choses, puisque la requête est toujours adressée au président du tribunal et que c'est lui qui saisit la Chambre du conseil.

Nulle part, le législateur n'a fixé d'une façon précise les limites de la compétence de la Chambre du conseil, pour lui, c'est le tribunal de première instance, statuant en de certaines formes et sur certains objets, en vertu de règle éparses dans toutes les parties de la législation (2). Mais le principe fondamental de la juridiction gracieuse, qui forme la partie principale des attributions de la Chambre du conseil est qu'elle

(1) Nouveau style du Châtelet de Paris, 2^e partie, p. 9; Bertin, *loc. cit.*

(2) Bertin, Ch. du C., *loc. cit.*

La compétence de la Chambre du Conseil ne se borne pas d'ailleurs aux seules matières gracieuses, nombreuses sont les attributions de juridiction contentieuse que les lois modernes lui ont reconnues : telles par exemple la loi du 24 juillet 1889 sur les déchéances de la puissance paternelle, celle du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, etc.

est appelée à statuer sur des affaires dans lesquelles les demandeurs sont sans adversaires connus ou présumés.

Une question devait dès lors surgir : l'homologation du tribunal pourrait-elle être sollicitée dans des cas où la délibération du conseil de famille serait légalement suffisante.

On s'accorde bien, en général, à admettre que le tuteur peut prendre l'avis du conseil de famille, pour des actes qu'il aurait le droit de faire seul (et encore il n'est pas prouvé qu'en de semblables circonstances, le juge de paix soit obligé de convoquer le conseil), mais l'analogie n'est qu'apparente et rien n'autorise, en dehors des textes, à s'adresser à la justice pour obtenir d'elle des avis et des consultations, qui n'auraient d'ailleurs d'autre résultat que de donner aux tiers une trompeuse sécurité.

Pourtant, dans les nombreuses occasions où elle a eu à se prononcer, la Chambre du conseil a varié dans ses décisions, tantôt statuant sur la requête pour accorder ou refuser l'homologation, tantôt au contraire refusant de statuer.

Sans doute a-t-on pu faire valoir que rien ne saurait être nuisible aux intérêts du mineur dans cet examen supplémentaire du magistrat en dehors des cas prévus, d'une part, en effet, l'homologation accordée pour un intérêt véritable est susceptible de lui assurer le bénéfice d'une mesure devant laquelle le tuteur eut peut être hésité, de l'autre, le refus d'homologation, en laissant au tuteur son entière responsabilité, et même en l'aggravant, peut être suffisant pour faire obstacle à une mesure que la Chambre du conseil aurait déclarée dangereuse.

Mais des raisons plus puissantes doivent faire rejeter de tels errements :

A la vérité, dans toutes les affaires de ce genre, on a songé à utiliser le juge à un tout autre emploi que celui de juger.

Dire si un emprunt a été consenti par un individu à un autre, à quelle époque, à quel taux, déterminer le montant de la dette actuelle, voilà un problème sur la solution duquel on en conçoit pas que des personnes différentes, si on les suppose suffisamment bien renseignées, puissent formuler des opinions contradictoires, à quelque époque qu'on les consulte.

Mais, lorsqu'il s'agit, au contraire de dire si tel individu a intérêt à contracter un emprunt, et de fixer les modalités de cet emprunt, la réponse à une semblable question apparaît comme devant être la résultante de connaissances, d'investigations, d'appréciations supputatives singulièrement plus complexes et plus subtiles : L'opportunité de l'opération dépend de contingences dont un grand nombre échappe à notre savoir, forcément limité, et dont les autres se prêtent à des interprétations variables, qui dépendent de notre tempérament personnel ; les facultés de l'emprunteur, ses ressources matérielles et intellectuelles sont, au même titre que les événements politiques et financiers qui peuvent surgir par la suite, autant d'éléments infiniment variés et impondérables de l'appréciation desquels l'emprunt projeté apparaîtra comme une bonne ou une mauvaise spéculation.

Non seulement des juges différents auront une opinion différente, mais encore des mêmes juges, à des époques

diverses, seront fatalement amenés à modifier l'avis qu'ils auront primitivement donné.

Que l'Etat mette au service des particuliers sa magistrature pour juger, c'est le principe même de son institution; il le fait sans réserve et, en France, tout le monde doit trouver un juge pour « dire le droit ».

Mais, quand il s'agit de faire servir le pouvoir judiciaire à apprécier des entreprises et à en prédire le succès ou l'échec, on comprend que le législateur ne se prête à cette consultation d'un genre spécial qu'avec une extrême précaution.

S'il l'a fait, c'est dans des cas graves, et à raison de la noblesse de la cause, qui est celle de la protection des faibles; mais les termes mêmes qu'il emploie à tout instant de « nécessité absolue » et d'« avantage évident » prouvent assez son souci de limiter l'intervention à ce que l'on pourrait appeler la prévision du tout proche avenir.

C'est au tribunal civil, et au tribunal tout entier, qu'il a confié la mission, espérant trouver, grâce au recrutement choisi de ses membres et à la combinaison de leurs opinions respectives des garanties que n'offrait pas l'avis unique du juge cantonal.

Que les magistrats aient la liberté de modifier leur décision, à mesure que la lumière se fera sur l'opération qu'ils ont, une première fois, approuvée, c'est la conséquence logique du caractère divinatoire qui y est nécessairement attaché. Et, en fait, la jurisprudence est depuis longtemps fixée pour refuser aux jugements d'homologation l'autorité de la chose jugée qui risquerait manifestement de méconnaître la pensée

tutélaire de la loi et de faire tourner au préjudice des mineurs la garantie qu'elle a voulu leur ménager (1).

Mais qu'on ne fasse pas servir la magistrature, par une extension abusive de son rôle, en dehors des cas prévus et réglementés, à des prédictions où les incertitudes et les doutes risqueraient d'émousser son prestige (2).

La procédure d'homologation. — Lorsqu'il n'y a pas d'opposition, le tuteur qui poursuit l'homologation présente au président du tribunal une requête à laquelle est jointe l'expédition de la délibération; le président ordonne la communication au Ministère public et commet un juge pour faire le

(1) La question de la révocabilité de ces décisions a été soulevée devant la Chambre du Conseil de la Seine et tranchée par elle dans les circonstances suivantes: un tuteur avait, conformément à une délibération du conseil de famille, demandé à la Chambre du Conseil, l'autorisation de vendre, en un seul lot, à Paris, une propriété importante composés de 245 hectares. Une décision de la Ch. du C. du Trib. de la S., confirmée par la Ch. du C. de la C. d'appel de Paris avait accordé l'autorisation dans les termes où elle était demandée. Après ces décisions, on avait appris que la propriété devait être traversée par une ligne de chemin de fer, et qu'une station devait être établie sur la propriété même. — En présence de cette situation nouvelle le tuteur crut devoir provoquer la réunion du Cons. de famille qui fut unanimement d'avis qu'il y avait lieu, dans l'intérêt des mineurs, de vendre la propriété sur place et en la divisant par lots. Le Procureur du roi opposa à cette demande l'exception de la chose jugée résultant, suivant lui de la décision précédente.

A la date du 15 mars 1845, la Chambre du Conseil repoussait cette prétention consacrant ainsi le principe de la révocabilité (Bertin, Ch. du Conseil, t. I, n° 270).

(2) Evidemment l'homologation du tribunal, quand elle est exigée, fait double emploi avec les délibérations du conseil de famille. Certains auteurs souhaiteraient que la décision judiciaire devint suffisante. Voyez Colin et Capitant, t. I, p. 530. Mais on admet qu'alors le tribunal aurait le devoir d'éclairer son jugement en prenant l'avis de la famille toutes les fois qu'il le jugerait utile. C'est le système pratiqué en Allemagne et en Suisse. Voyez Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 523.

rapport; le Ministère public donne ses conclusions par écrit au bas de l'ordonnance, la décision est rendue à huis clos, en Chambre du conseil (1).

La nomination d'un juge rapporteur n'est prescrite par la loi que dans des cas exceptionnels et rares, lorsque le tribunal a à statuer en matière contentieuse, mais, en matière gracieuse, aucun débat contradictoire ne devant, par définition se produire devant le magistrat, pour lui permettre de se prononcer en connaissance de cause, il est utile, et même indispensable, qu'un juge soit spécialement chargé de rechercher les motifs de contradiction qui peuvent exister.

Le Ministère public doit s'opposer à l'homologation lorsque les formalités exigées n'ont pas été régulièrement remplies, et aussi, lorsqu'il lui apparaît que les intérêts du mineur n'ont pas été suffisamment sauvegardés dans la délibération du conseil de famille. On s'accorde à reconnaître que, dans les affaires sur requête, les conclusions du Ministère public doivent être données en Chambre du conseil lorsque la décision doit y être rendue (2). Cette règle semble même devoir être étendue aux affaires de la Chambre du conseil où exceptionnellement la loi décide que la décision doit être rendue en audience publique; la nature, en effet, des affaires gracieuses de la Chambre du conseil attestent la volonté du législateur de concentrer dans son enceinte, à l'abri des indiscretions des étrangers, le rapport, les explications du requérant et les conclusions du Ministère public.

(1) C. Proc. art. 885-886, C. civ. art. 458. Tarif de 1807, art. 79.

(2) Bertin, Ch. du Conseil, t. I, p. 54.

Il reste à examiner, maintenant, les actes que la loi soumet à l'homologation et les mesures que prennent les magistrats en ces sortes d'affaires.

Ces actes, d'après les articles 457, 458 et 467, et la loi du 27 février 1880 sont: l'emprunt, l'aliénation d'immeubles et la constitution de droits réels, la transaction, l'aliénation de meubles incorporels dont la valeur dépasse 1.500 fr. en capital.

L'énumération de la loi, comme il a été dit, est limitative, mais, de même que par un excès de zèle et de scrupule, un tuteur, dans le but de couvrir sa responsabilité, est susceptible d'être tenté de soumettre à l'homologation un acte pour lequel cette homologation est superflu, de même, en sens invers, pourra-t-il se rencontrer des tuteurs qui chercheront à échapper au contrôle du magistrat, en dissimulant sous les apparences d'un acte juridique permis avec la seule autorisation du conseil de famille, un de ces actes plus graves qu'il ne saurait accomplir valablement qu'avec l'homologation de la justice. Il dépend de la vigilance attentive du pouvoir judiciaire de déjouer de semblables calculs et de s'opposer à ce que les mineurs voient aussi privés de la protection légale à laquelle ils ont droit.

a) *L'Emprunt.* — L'emprunt est un acte fort grave, il n'est le plus souvent que l'expédient dangereux de ceux qui dilapident leur patrimoine, il était vu avec une défaveur toute particulière, à une époque où on ne soupçonnait pas l'extension formidable que devait prendre le crédit, aussi, le Code civil ne l'a-t-il considéré, et, cela à juste titre, en dehors de

circonstances exceptionnelles où son utilité a toujours besoin d'être soigneusement discutée, que comme le prélude ordinaire d'une ruine prochaine.

La loi déclare (art. 457) que tout tuteur ne peut emprunter, au nom de son pupille, qu'avec une autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal et, dans le but de bien marquer sa défiance pour ce genre d'opération regardée comme particulièrement périlleuse, l'art. 457 ajoute (al. 3) que: « dans le premier cas (emprunt) le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants ».

Le rôle de la Chambre du Conseil est de vérifier si le compte sommaire dont parle l'article 457 a été effectivement présenté au conseil de famille et si son examen fait ressortir la nécessité absolue de l'opération car le Code recommande (al. 2) de ne s'arrêter qu'au cas « de nécessité absolue » ou « d'avantage évident. Et ces mots apparaissaient, à l'époque du Code civil, comme devant recevoir une interprétation particulièrement sévère, si on songe que l'article 56 du projet, (qui correspond à l'art. 457 du Code) indiquait limitativement les cas dans lesquels l'autorisation pourrait être accordée savoir: le paiement d'une dette onéreuse, et exigible, ou des réparations d'une nécessité urgente, ou le besoin de procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux (1).

(1) Locré, Législ. civ., t. VII, p. 130 et 140.

Et, en fait, il y a quelque soixante dix ans, la Chambre du Conseil du tribunal de la Seine, se montrait encore fort rigoureuse en ce qui concernait les emprunts et les hypothèques au nom des incapables (1).

Malgré la généreuse intention de protéger le mineur, qu'attestaient ces décisions, rendues d'ailleurs en parfaite harmonie avec l'esprit du Code et les idées du temps, on fut amené à reconnaître qu'un excès de méfiance pouvait tourner au désavantage même de ceux que l'on entendait protéger, et conduisait trop souvent à des conclusions iniques. Était-il équitable, par exemple, lorsque des entrepreneurs avaient effectué des travaux dans l'intérêt du mineur, ou lorsque des tiers avaient fait des avances qui lui avaient profité, de refuser l'autorisation d'emprunter ou d'hypothéquer pour assurer le remboursement des créances (2).

Il apparut peu à peu, qu'il était des circonstances où l'équité et l'intérêt bien compris des mineurs devaient faire fléchir la rigueur, trop souvent justifiée, des textes, contre une opération considérée jusqu'alors comme essentiellement suspecte.

Au surplus, il est évident que ce mot d'emprunt n'éveille plus, de nos jours, les mêmes sentiments répulsifs qu'il éveil-

(1) Bertin, Ch. du Cons., t. I, n° 538. — Elle refusait notamment d'autoriser un emprunt pour subvenir les frais d'un procès déjà entamé et dans lequel les parties avaient les mêmes intérêts que les mineurs (13 mars 1849. — Bertin, *loc. cit.*). — Elle refusait encore d'autoriser un emprunt pour assurer hypothécairement le paiement de constructions qui avaient augmenté la valeur d'une propriété (16 mars 1849) ou pour payer des créanciers qui, dans l'intérêt du mineur avaient avancé des fonds au tuteur et suivi sa foi (8 fév. 1849). — (Bertin, *loc. cit.*).

(2) Ch. du C. de la S. (16 mars 1849, 8 fév. 1849, précités).

lait il y a soixante dix ou cent ans. Sans doute, nous connaissons un bon nombre de personnes qui se sont ruinées par un recours au crédit, mais nous en connaissons beaucoup plus qui, sans lui, n'auraient pu s'élever à la situation prospère qu'ils se sont assurés; et on est heureux de constater que la jurisprudence ne partage plus à l'égard de l'emprunt les méfiances qui, dans un autre ordre social, étaient coutumières et justifiées et que traduisaient à merveille sous la Monarchie de juillet le mot célèbre du procureur général Dupire: « Le crédit soutient l'emprunteur comme la corde soutient le pendu » (1).

Il est clair que, de nos jours, nous apercevons deux sortes de prêt: le prêt à la consommation qui, comme autrefois, n'a cessé d'être dangereux et, à l'égard duquel le magistrat devra se montrer rigoureux, et, au contraire, le prêt à la production et à l'amélioration, qui, dans certaines circonstances peut être une opération très judicieuse et très profitable.

Et nous trouvons une traduction de ces idées nouvelles dans la tendance de notre jurisprudence récente à reconnaître qu'il peut exister de véritables dettes à la charge du mineur alors même que les formalités de l'emprunt n'auraient pas été observées.

La pratique a vu surgir des cas où l'opération faite par le tuteur, sans homologation judiciaire, avait été utile au mineur, l'emprunt avait été fait, par exemple, à un taux inférieur à celui de la dette qu'il avait servi à éteindre; il est certain que

(1) C'est la voie dans laquelle est entrée la jurisprudence de la Chambre du Conseil du Trib. de la S. depuis 1849.

les prescriptions de la loi n'avaient pas été observées et pourtant, afin de ne pas prononcer l'annulation, les tribunaux se sont cru autorisés à admettre que le tuteur avait fait, dans de pareils cas, une bonne gestion d'affaires.

Faisant application de ce principe, la Cour de cassation, dans un arrêt relativement récent (du 20 avril 1912) (1), a décidé « qu'il appartenait aux juges du fond de déclarer
« qu'une mère tutrice légale de son enfant mineur qui, pour
« éviter d'hypothéquer ou d'aliéner le domaine qui était le
« bien de son enfant, avait remboursé de ses deniers des
« dettes qui arrivaient à échéance et qui portaient un intérêt
« plus élevé que ses avances, n'avait fait ainsi que des actes
« de pure et bonne administration et, qu'en décidant, d'après
« ces constatations, d'une part que les avances faites par la
« mère devaient lui être remboursées, malgré le défaut d'autorisation du conseil de famille, parce qu'elles ne pouvaient
« apporter aucune charge au mineur, d'autre part que la
« tutrice n'ayant accompli que de véritables actes de mandat
« et de gestion d'affaires avait droit aux intérêts de ses
« créances, au jour où elles avaient été constatées, les juges
« n'avaient violé ni l'art. 474 du C. civ., inapplicable à l'es-
« pèce ni aucune autre disposition de la loi, mais avaient fait,
« au contraire, une application justifiée de l'art. 2001 du
« C. civ. ».

Bien entendu, cette manière nouvelle d'envisager l'emprunt, et l'interprétation libérale des textes qu'elle comporte, ne veulent pas dire qu'on supprimera les garanties que la loi a

(1) Cass., 20 avr. 1912. Pand. Rec. Jur. et législ., 1912.1.336.

voulu donner au mineur; l'extension trop hardie du principe risquerait de devenir dangereuse dans ses applications. Si les efforts du magistrat doivent être d'éviter de décourager les initiatives du tuteur, quand elles attestent son désintéressement et son dévouement, et surtout, quand elles sont profitables au mineur, il est par contre de son plus impérieux devoir d'annuler les emprunts injustifiés et préjudiciables, conclus en dehors de son contrôle, en violation des formalités prescrites par l'art. 458 (1).

Ce principe est affirmé dans de nombreux arrêts et c'est ainsi qu'il a été jugé, par exemple que « le tuteur, ne pouvant contracter d'emprunt pour le compte de ses pupilles » ni consentir de cession à leur préjudice, les mineurs ne « peuvent être tenus de payer une livraison de marchandises » faite au crédit du tuteur, ce qui équivaut à un emprunt, « ni une délégation de loyers à échoir, ce qui équivaut à une cession (2) ».

Le rôle du magistrat, lorsqu'il homologue la délibération du conseil de famille, ne se borne pas à autoriser ou à rejeter la demande d'emprunt. Lorsque la Chambre du Conseil autorise, elle peut et doit prescrire toutes les mesures qui lui paraissent utiles pour que les fonds reçoivent la destination annoncée au profit du mineur (3).

La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens (4)

(1) Trib. Besançon, 13 mars 1884, Gaz. Pal., 1884.2.16. Besançon, 24 juill. 1884. Ibid., 1884.2.286. Aubry et Rau, t. I, § 113, p. 709.

(2) Trib. de Marseille, 17 déc. 1891. Bull. Arr. d'Aix, 1892.2.108.

(3) Ch. du Cons. du Trib. de la S., 8 avril, 31 mai, 10 août 1853, 14 mars 1854 (Bertin, t. I, n° 534).

(4) Aubry et Rau, t. I, p. 708, n° 113.

et il n'y a aucune raison de contester le bien-fondé de ce supplément indispensable de protection; il faut cependant faire remarquer qu'en face de l'intérêt du mineur, il y a celui du prêteur de fonds qui n'est pas moins respectable et ne doit pas être sacrifié. L'intérêt des mineurs est d'ailleurs qu'il en soit ainsi sans quoi leur crédit se trouverait entièrement annihilé par la crainte qu'inspirerait une responsabilité poussée à l'extrême par d'inutiles aggravations, et on a vu combien il importe, dans les conditions économiques modernes de ne pas paralyser systématiquement le recours au crédit, élément souvent indispensable de richesse et de prospérité. C'est ainsi qu'il a été jugé à très bon droit que « le prêteur qui a fourni les fonds d'un emprunt contracté par le tuteur, après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, n'est pas responsable de l'emploi des sommes prêtées, alors même qu'il savait que tout ou partie de cette somme devait être appliqué aux besoins personnels du tuteur, à moins qu'il n'y eut en dol ou fraude de sa part (1).

Est-ce à dire que le jugement homologatif couvrirait des nullités substantielles dont pourrait être entachée la délibération du Conseil de famille? Les tribunaux jugent le contraire, alors surtout que le bailleur de fonds a eu connaissance du vice de l'opération; et ce serait en effet, bien mal comprendre la protection des intérêts des incapables, que de faire servir le jugement d'homologation, simple acte de surveillance judiciaire, à couvrir une fraude. Aussi, les juges, saisis par la voie contentieuse, n'ont-ils jamais hésité à

(1) Alger, 25 juin 1866, S. 66.2 327.

annuler les emprunts faits au nom des mineurs si ceux-ci n'ont pas été légalement représentés (1).

Et c'est particulièrement dans les cas où le tuteur devait profiter de l'emprunt que les tribunaux se sont montrés, à bon droit, le plus rigoureux. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé, par exemple (2) « que lorsqu'il résulte des « constatations souveraines des juges du fait qu'un tuteur, « dans une situation précaire, a contracté un emprunt, en « son nom et au nom du mineur, avec affectation hypothé- « caire du bien indivis entre eux pour le paiement d'un fonds « de commerce antérieurement acheté par le tuteur en son « nom personnel, les juges décident à bon droit que, dans les « circonstances de la cause il y a opposition d'intérêt entre « le tuteur et le mineur, et, par suite, il y a lieu de déclarer « le contrat nul, à défaut de représentation du mineur par le « subrogé tuteur dans la délibération du conseil de famille « et dans l'instance en homologation ».

Telle est la double attitude que devait nécessairement adopter la Haute tutelle judiciaire vis-à-vis de l'emprunt: tantôt conservant la rigoureuse et traditionnelle méfiance du Code civil à l'égard d'une opération toujours dangereuse entre les mains du tuteur mal habile sinon malhonnête, qui cherche à y trouver des ressources pour la consommation ou pour son profit personnel, tantôt, au contraire, encourageant le recours au crédit du tuteur dévoué et désintéressé, qui poursuit, par ce moyen, des entreprises de production et d'amélioration, à

(1) Grenoble, 16 déc. 1894, *Monit. Jud. Lyon*, 20 mai 1895, S. 1896.1.349.

(2) Cassation, 28 janv. 1896, D. P. 1896.1.543.

l'égard desquelles on ne saurait maintenir indistinctement la sévère hostilité du législateur de 1804.

b) *Aliénations d'immeubles et constitution de droits réels.*
— Nous allons trouver, à l'égard des aliénations immobilières une évolution parallèle à celle que nous avons rencontrée dans la question de l'emprunt.

A l'époque du Code civil, la richesse immobilière était presque le seul élément des fortunes privées, elle avait été, dans l'ancien droit, à la base de tout le système féodal, où elle assurait à ses possesseurs la participation à la gestion des affaires politiques, il était donc bien naturel que le législateur attachât à la conservation des biens fonciers une particulière importance et entourât leur aliénation de formalités multiples destinées autant à prévenir des fraudes qu'à rendre cette aliénation plus difficile et, par là même, plus rare.

De nos jours, si la fortune immobilière conserve encore un caractère de sécurité et de stabilité susceptible de justifier un légitime souci d'en maintenir, autant qu'on le peut, les éléments dans la composition du patrimoine du mineur, son importance n'en a pas moins subi l'influence inévitable de l'incessant accroissement de la fortune mobilière. A côté des biens immobiliers, les valeurs mobilières, qui, déjà avant la guerre avaient pris un si grand développement et qui ont reçu depuis, un développement plus considérable encore, forment une masse suffisamment imposante pour qu'il soit permis de ne plus regarder avec la même rigueur qu'en 1804 l'aliénation de la moindre parcelle de propriété foncière.

Ce n'est pas à dire, bien entendu, qu'il faille souhaiter la

suppression d'une garantie aussi indispensable que celle de l'homologation du tribunal; il a, bien au contraire, paru nécessaire d'en étendre les bienfaits à la fortune mobilière, dès que celle-ci a commencé à devenir un élément appréciable de richesse et tel a été le but de la loi du 27 fév. 1880.

Mais il est permis de se demander si l'amoncellement de formalités, que comporte notamment la vente aux enchères, avec son couteux cortège d'affichages de cahiers des charges... etc., n'est pas devenu, dans l'état économique moderne, le plus souvent hors de proportion avec la valeur à sauvegarder, et s'il ne conviendrait pas de laisser au magistrat et au conseil de famille la faculté d'en affranchir le tuteur, quand les circonstances le permettraient (1).

Déjà, depuis le Code civil, des lois ont apporté quelques adoucissements à la rigueur primitive, telle la loi du 2 juin 1841, qui a permis de ne plus recourir à l'expertise jusqu'alors obligatoire, telle encore la loi du 25 octobre 1884, qui a simplifié les formalités et accordé des remises de droits, pour des ventes de faible importance. L'incessante évolution économique réclame une intervention législative plus générale à laquelle les juges ne peuvent suppléer, car s'il est dans leur rôle de donner aux textes une interprétation conforme aux besoins du présent, il ne leur appartient pas de prendre des dispositions qui soient en opposition avec des textes formels, ils peuvent et doivent en 1921 se montrer moins rigoureux qu'ils ne l'eussent été en 1804, dans l'appréciation des motifs invoqués pour l'aliénation, mais ils ne peuvent, à aucun titre,

(1) Colin et Capitant, t. I, p. 515.

décider, par exemple que, la vente aura lieu à l'amiable car il y a un texte qu'ordonne le contraire, l'art. 459.

Dans l'état actuel de notre législation le contrôle combiné de la famille et du magistrat est organisé de la façon suivante par les articles 457, 458, 459 du Code civil et 953 du C. proc.

Comme pour l'emprunt, l'autorisation du Conseil de famille ne doit être donnée, dit le Code, que dans les cas de « nécessité absolue » ou « d'avantage évident » et, de plus, le conseil de famille doit indiquer les immeubles à vendre par préférence. Il doit aussi, dans l'avis qu'il émet sur la nécessité ou l'utilité de la vente, énoncer en outre la nature des biens et leur valeur approximative (art. 953, C. proc.).

Outre les vérifications que comporte naturellement l'homologation pour assurer l'exécution de ces prescriptions; modifier s'il y a lieu le mode d'emploi du prix et les modalités de la vente, dans les limites fixées par l'art. 459. C. civ. c'est-à-dire étant bien entendu qu'en aucun cas ne saurait être autorisés une vente amiable, fixer la mise à prix, surveiller lui-même ou faire surveiller par un notaire à ce commis, la vente aux enchères, tels sont les divers aspects sous lesquels se manifeste le rôle du magistrat en cette matière.

C'est le tribunal du domicile du mineur qui est compétent, c'est-à-dire celui de l'ouverture de la tutelle. Sans doute, en l'absence d'un texte formel, semblerait-il, tout d'abord que ce dût être au tribunal du lieu de situation des immeubles à en ordonner la vente : la facilité de recueillir sur place les éléments de sa décision, notamment en ce qui concerne la mise à prix, celle aussi de retenir à sa barre l'adjudication seraient de puissants motifs pour qu'il en fut ainsi, mais on fait

remarquer, avec raison, que si la Chambre du conseil « ordonne » en effet la vente de l'immeuble, elle a surtout pour mission de vérifier si les dispositions de la loi en faveur du mineur ont été observées rigoureusement; pour se renseigner plus complètement sur la valeur du bien à vendre le juge à la faculté de nommer des experts, pour procéder à la vente sur place, il peut commettre un notaire, et il y aurait un inconvénient capital à requérir l'homologation au lieu de situation: cet inconvénient apparaît lorsqu'on se propose de vendre plusieurs immeubles dans des endroits différents; non seulement, alors, il faudrait multiplier les requêtes (et par là tous les frais de procédure) par le nombre des immeubles, mais encore, il pourrait se produire des divergences entre les décisions des différents tribunaux. Aussi décide-t-on que l'homologation doit être poursuivie au lieu d'ouverture de la tutelle.

En présence d'une demande d'aliénation autorisée par le conseil de famille, quelques très anciens arrêts, par un excessif respect pour l'autorité familiale, décidaient autrefois que les tribunaux ne pouvaient se dispenser et homologuer purement et simplement à moins de constater, en fait, que la vente était inutile et dommageable (1). Mais cette jurisprudence, qui paraît d'ailleurs s'appuyer plutôt sur des considérations du fait, était si peu conforme à l'esprit de la loi, que l'opinion contraire ne tarda pas à triompher et que, de très bonne heure on s'accorda pour laisser au tribunal toute

(1) Bruxelles, 19 Floréal an XII. S. et P. chr. Sir. Cod. comm. art. 459, n° 16. — Trèves, 11 fév. 1811, S. et P. chr. — Colmar, 21 déc. 1822, S. et P. chr. D. A. 12.930. — Paris, 24 fév. 1824, S. et P. chr. D. A. 12.920. — 25 juin 1825, S. et P. chr. P. 25, III, 396. — 31 juillet 1826, Journ. des av., t. 32, p. 219.

liberté d'appréciation pour admettre ou rejeter la demande (1). Une survivance de la première conception se manifesta pourtant longtemps dans le fait qu'on crut devoir exiger que la décision qui rejetait la demande fut motivée (2).

C'était méconnaître le caractère essentiel du jugement d'homologation, dont nous avons signalé plus haut la nature spéculative et divinatoire. La pratique devait faire apparaître la difficulté, sinon l'impossibilité, pour les magistrats, de condenser dans une formule les éléments indéfinissables qui formaient leur conviction et le dernier pas, dans la voie d'une entière indépendance, fut fait par la Cour de cassation, le 20 janvier 1880, qui décida que les juges n'avaient pas à motiver la décision par laquelle ils refusaient l'homologation et qu'ils possédaient, à cet égard un pouvoir absolument discrétionnaire (3).

Quoiqu'il en soit, une autre question devait surgir; si on reconnaissait au juge le pouvoir absolu d'accepter ou de rejeter la demande, devait on lui reconnaître également la faculté de modifier la décision du conseil de famille, dans l'intérêt du mineur, notamment quant à l'emploi du prix et quant aux modalités de la vente, ou fallait-il qu'il se bornât, si les conditions formulées par la délibération du conseil de famille lui paraissaient préjudiciables ou dangereuses, à refuser purement et simplement l'homologation, de façon à provoquer indirectement la modification par le conseil de famille ?

(1) Grenoble, 23 déc. 1858, 21 juin 1859, S. 60.2.417, 1^{er} juill. 1868, 31.2.111. Caen, 31 déc. 1833, P. chr. Amiens, 25 juill. 1840. P. 42.2.237.

(2) Bruxelles, 5 juin 1806, S. chr. Lyon, 5 janv. 1831, P. chr. D. P. S. 68.2.304.

(3) Cass., 20 janv. 1880, S. 81.1.209, D. P. 80.1.162.

On touche ici, de plus près encore, au côté le plus délicat de l'intervention du pouvoir judiciaire ; telle opération, avantageuse et profitable dans des conditions et sous des formes données, peut tourner au préjudice du mineur, si on apporte à l'une d'elles des changements, sans soumettre de nouveau l'entreprise projetée à l'examen de ceux qui l'avaient primitivement conçue, et il importe que la Haute tutelle judiciaire ne puisse pas être incriminée d'avoir compromis les intérêts du mineur.

Aussi, la doctrine refuse-t-elle aux tribunaux la liberté de modifier la décision du conseil de famille, auquel l'article 457 confère formellement la mission de « prescrire toutes les mesures qu'il jugera utiles ». Il s'agit là, dit-on, d'un pouvoir qui appartient en propre au conseil de famille et auquel les tribunaux ne pourraient substituer le leur (1).

Quant à la jurisprudence, si elle a admis facilement que le tribunal ne pouvait apporter des changements trop considérables, comme de substituer un immeuble à vendre à un autre (2), elle a donné longtemps des solutions contradictoires lorsque la question s'est posée de savoir si elle pouvait prescrire d'office d'autres modes d'emploi du prix que celui qui était proposé. La Cour de cassation a condamné d'ailleurs ces errements en adoptant la manière de voir de la doctrine et en décidant que le tribunal devait, si l'emploi proposé ne lui paraissait pas conforme aux intérêts du mineur, se borner à

(1) Laurent, t. VI, n° 87. Planiol, t. I, p. 558, n° 1919. — Aubry et Rau, t. I, n° 113, p. 704.

(2) Cass. 17 nov. 1867, J. des Av. 93, p. 230.

refuser l'autorisation, sauf au conseil de famille et au tuteur à proposer un emploi différent (1).

Malgré ces arrêts, qui auraient dû trancher définitivement la question, une jurisprudence dissidente a pourtant trouvé encore des échos qu'explique seule une fausse interprétation de la mission tutélaire de la magistrature et du rôle du juge en ces sortes d'affaires (2).

Quoiqu'il en soit, qu'elle use de son droit de veto, comme le veulent la doctrine et la Cour de cassation, ou qu'elle modifie directement la délibération, comme certaines décisions lui en reconnaissent la faculté, la Chambre du conseil n'en conserve pas moins le dernier mot, puisqu'elle peut, par des refus successifs, amener le conseil de famille à adopter sa manière de voir.

Mais il est une prescription dont, par contre, ses décisions ne sauraient, sous aucun prétexte s'écarter, même au nom de l'intérêt du mineur, même dans la circonstance d'un complet accord entre le tuteur et le conseil de famille, c'est celle de l'art. 459 sur les formes de la vente.

L'intervention de la justice n'est, en effet, pas seulement exigée pour homologuer la décision du conseil de famille qui autorise la vente, elle est encore requise pour procéder à la vente elle-même, qui ne peut se faire que « publiquement,

(1) Cass. 9 fév. 1863, S. 63.1.113, 17 déc. 1867, S. 68.1.66.

(2) La Cour de Grenoble (8 mai 1882, Journ. des not., art. 22779) a décidé que: « lorsqu'une délibération du conseil de famille autorisant la « vente de biens de mineurs accordent la faculté de fractionner l'immeuble « en plusieurs lots, le tribunal ne pouvait refuser d'homologuer la délibération à raison de ces dispositions et qu'il devait se borner à modifier, « si elles ne lui paraissaient pas convenables ».

en présence du subrogé tuteur, aux enchères, qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées par trois demandes consécutifs aux lieux accoutumés dans le canton » (art. 459).

Ce n'est pas de nos jours seulement, que de sévères critiques ont été adressées aux formalités indiquées par l'article 459 et spécialement réglées par le Code de procédure ; déjà en 1841, le besoin de simplifier les dispositions trop encombrantes du Code a amené le vote de la loi du 2 juin, mais aujourd'hui plus encore qu'autrefois et pour les raisons déjà signalées, ces formalités, quoique simplifiées nous apparaissent souvent si peu en rapport avec la protection à assurer, que nous souhaiterions que les tribunaux eussent la liberté d'en éviter les frais aux mineurs.

Les reproches ne sont d'ailleurs pas seulement d'ordre pécuniaire, il y a longtemps que l'on a dit que les ventes de biens de mineurs étaient le plus sûr des revenus de tous les greffes et de tous les officiers ministériels, mais il y a un autre inconvénient, non moins grave, à être ainsi contraint d'opérer d'une façon rigoureusement uniforme, alors même que le conseil de famille et le tuteur reconnaîtraient l'intérêt de procéder autrement : le mode de vente aux enchères est loin d'être en toutes circonstances le plus avantageux : « Parmi les aliénations, en effet, disaient les auteurs du nouveau denizart à propos de la vente des biens ecclésiastiques (1), les unes se font d'après un traité précédent avec une personne

(1) T. I, § 6, n° 4.

qui est convenue d'acquérir, les autres se font, sans avoir aucun acquéreur en vue au moment où on prend le parti d'aliéner. Dans le second cas, les enchères sont indispensables, on ne saurait, au contraire, les pratiquer dans le premier cas et, si on voulait vendre au plus offrant, on ne trouverait alors plus autant que l'on peut attendre d'un spéculateur auquel on donne la faculté de faire un traité particulier qui ne divulgue pas ses intentions ».

En l'état actuel de notre législation, il n'y a d'autre moyen pour le tuteur de vendre un immeuble à l'amiable, que de se porter fort de l'acceptation du mineur à sa majorité, mais c'est là un engagement plein de hasard, devant lequel il reculera en général et, en tous cas, cet expédient, pratiqué quelquefois en fait, n'a rien de régulier.

Le renvoi devant un juge ou un notaire pour prendre à la vente aux enchères, la fixation de la mise à prix, telles sont les deux missions qui restent à remplir à la Chambre du Conseil après qu'elle a reconnu « absolument nécessaire ou d'un avantage évident » l'opération soumise à son approbation.

Pour éclairer son opinion sur la valeur de l'immeuble, les éléments auquel il est fait appel sont nombreux : l'avis des parents, les titres de propriété, les baux authentique ou sous seings-privés ayant date certaine, le rôle de contribution foncière sont autant de signes grâce auxquels le magistrat pourra faire son estimation. Bien entendu, son opinion se formera de l'ensemble de ces éléments, judicieusement rapprochés, et dont le poids est fort inégal ; le rôle de la contribution foncière ne saurait, par exemple, être un guide bien

précieux à cause des modifications considérables de la valeur de la propriété depuis son établissement, modifications qui enlèvent tout caractère de sécurité aux données de cette statistique spéciale, par contre l'obligation imposée aux propriétaires en 1871 de faire enregistrer les baux vient au secours des tribunaux qui trouveront en mainte occasion dans ces actes d'une authenticité indéniable les renseignements qui leur seront utiles.

L'appréciation faite par le conseil de famille n'a aucun caractère officiel qui doive nécessairement la faire adopter par le tribunal, auquel une liberté absolue est laissée pour fixer le montant de la mise à prix. Et la nécessité de laisser au magistrat un pouvoir discrétionnaire apparaît avec plus de force que jamais à l'heure actuelle, où la valeur des immeubles subit le contre coup de la crise financière générale et est sujette, comme toutes choses, à des fluctuations qui rendraient illusoire un mode de calcul d'après une règle immuable sur des bases qui n'ont pas varié.

D'ailleurs, si, dans des cas exceptionnels, tous les modes d'appréciation ci-dessus apparaissent au magistrat comme insuffisants, il conserve la faculté de recourir à une expertise. On a vu que le législateur de 1841, justement ému des lenteurs et des frais sans nombre qu'entraînait la nomination, jusqu'alors obligatoire, de un ou de trois experts, s'en est remis à la sagesse du tribunal pour alléger la procédure de cette coûteuse consultation et pour y faire seulement appel dans les cas où elle est indispensable.

Au surplus, l'évaluation n'a jamais besoin d'atteindre le juste prix, puisqu'il faut laisser un élément à la chaleur des

enchères; la Chambre du conseil de la Seine a même été jusqu'à autoriser par exception, la vente sur une mise à prix très basse, et même à tout prix, dans certains cas où les biens étaient d'une minime valeur ou lorsqu'une tentative infructueuse d'adjudication avait été faite, et l'expérience a montré plus d'une fois des immeubles adjugés, à la suite d'une baisse de mise à prix, à une valeur très supérieure à la mise à prix primitive.

Relativement au mode de vente, le tribunal a la faculté de décider qu'il sera procédé à l'adjudication, soit devant un de ses membres, soit devant un autre tribunal, soit devant un notaire à ce commis. Ce n'est pas à dire qu'il doive dénier au conseil de famille le droit d'exprimer son avis sur le mode de vente qui lui paraît le plus avantageux; ce droit, quoi qu'il ne lie pas le juge, dérive des attributions mêmes de ce conseil et l'article 457 le lui confère formellement puisqu'il lui fait une obligation d'indiquer, en même temps que les biens à vendre, toutes les conditions qu'il juge utiles (1). Ce qu'il faut entendre, c'est que l'avis du conseil de famille reste, pour le magistrat, une indication dont il a le devoir de tenir compte, mais qui ne touche en rien à son pouvoir discrétionnaire; ainsi décide la Cour de Cassation qui affranchit même les juges de l'obligation de motiver leur décision à cet égard (2).

Il ne faut d'ailleurs pas se méprendre sur la signification donnée à ce pouvoir discrétionnaire; seuls les intérêts par-

(1) Rouen, 20 avril 1883, S. 83.2.191. — Toulouse, 3 mai 1882, P. 83.1882.

(2) Cass. 20 janv. 1880, D. P. 80.1.161.

ticuliers, spéciaux à chaque espèce, doivent servir de base à la décision de la Chambre du conseil; aucun ordre de préférence ne doit être marqué entre la vente à l'audience et la vente devant un notaire. Le législateur n'en a pas établi et les tribunaux ne sauraient en admettre aucun, sous forme de règlements d'ordre public, qui ne sont pas de leur compétence. Le législateur connaissait les inconvénients de ces deux modes de vente, les formalités qui les accompagnent ainsi que les frais qu'ils entraînent; si les ventes devant notaire comportent parfois des abus, celles qui se font à la barre du tribunal n'en sont pas exemptes et ce sont des considérations de fait, telles que, par exemple, de plus ou moins grandes facilités de visiter les lieux, qui doivent motiver la décision du juge en cette matière et non des considérations d'intérêt général qui ne sauraient s'appuyer sur aucune base solide (1).

Telle est la mesure dans laquelle s'exerce la mission de Haute tutelle judiciaire en matière de vente d'immeubles; nulle part la loi n'a accumulé un plus grand amoncellement de formalités, et cela, au prix de frais formidables aux dépens du mineur (2).

Les abus étaient tels que, pour de petites propriétés, non seulement le mineur ne touchait aucun reliquat, mais encore devait souvent faire l'appoint de ses propres deniers pour payer les frais de vente (3).

(1) Amiens, 25 juill. 1850, D. Rép. v^o Vente publ. d'imm., n^o 1989.

(2) Colin et Capitant, t. I, p. 515.

(3) Je suppose, disait le rapporteur au Sénat, une parcelle de terre valant 500 francs appartenant à des mineurs ou incapables, héritiers d'une

C'est devant de tels scandales qu'est intervenue la loi du 25 octobre 1884, pour accorder des remises de droits et permettre aux tribunaux de diminuer, dans une certaine mesure, les frais de publicité dans les ventes de faible importance (1).

Cette loi, dont les bienfaits s'étendent seulement aux ventes inférieures à 2.000 francs, a vu son champ d'application singulièrement restreint du fait de l'augmentation de la valeur nominale de la propriété foncière, consécutive à la crise financière qu'a engendré la guerre: bien peu nombreuses sont les parcelles de terre qui, à l'heure actuelle, jouissent encore des exonérations accordées par le législateur de 1884 et pourtant les frais (ceux de publicité notamment) ont suivi la marche ascendante générale.

Quoi qu'il en soit, il est permis d'espérer que le législateur ne s'en tiendra pas à la réforme bien timide et bien incom-

succession d'une certaine importance mobilière. Assurément, des mineurs dans cette situation, ne pourraient obtenir l'assistance judiciaire et pourtant, si, en raison des nécessités d'un partage, il faut vendre le petit immeuble de 500 francs, toute la valeur en sera absorbée par les frais de justice... » Sénat, Doc. parlem., 25 oct. 1884.

(1) La loi du 25 oct. 1884 accorde, pour les ventes judiciaires d'immeubles dont les prix ne dépassent pas 2.000 francs, la restitution des sommes payées au trésor pour droits de timbre, d'enregistrement, de greffe et d'hypothèque applicables aux actes rédigés en application de la loi pour parvenir à l'adjudication; et pour les ventes ne dépassant pas 1.000 francs, une réduction de 1/4 sur les émoluments dus aux agents de la loi, en taxe, conformément au tarif du 10 oct. 1841. — En outre, cette même loi (art. 4) permet au tribunal devant lequel se poursuit une vente d'immeuble dont la mise à prix est inférieure à 2.000 francs, par le jugement qui doit fixer les jours et les conditions de l'adjudication, ou par le jugement qui autorise la vente, d'ordonner: 1° que les placards et insertions ne contiendront qu'une désignation sommaire des immeubles et que le prix des insertions sera de moitié de celui alloué pour les autres ventes judiciaires; 2° que les placards seront même manuscrits et apposés sans aucun procès-verbal d'huissier dans les lieux que le tribunal indiquera et ce, par dérogation à l'art. 599 du C. proc. civ.

plète qu'il a opérée il y a quelque quarante ans et que l'incessante évolution a déjà rendue si insuffisante. Il ne faut pas que le mineur soit mis à rançon par la loi elle-même, au nom de la protection qu'elle lui fait si chèrement payer et qui a cessé, bien souvent d'être en proportion avec son objet même.

Il semble souhaitable de voir confier au magistrat, en collaboration étroite avec le conseil de famille, représentant qualifié des intérêts du mineur, un rôle plus actif et à la fois plus souple, qui lui permette notamment, lorsqu'il le juge possible, et utile, d'affranchir le tuteur de l'entrave, si embarrassante et quelquefois si préjudiciable, de la vente aux enchères, en même temps que de soulager le mineur de l'écrasant fardeau des frais qui l'accompagnent.

c) *Transaction*. — En ce qui concerne la transaction, le législateur s'est montré plus rigoureux que pour l'aliénation, (art. 467) l'autorisation du conseil et l'homologation ne lui suffisent pas, il lui faut l'avis de trois jurisconsultes.

On a beaucoup discuté (1) la question de savoir si l'avis des trois jurisconsultes devait être donné à l'unanimité et s'il liait le conseil de famille et la Chambre du Conseil, appelée à homologuer la délibération. On s'accorde généralement à reconnaître, aujourd'hui, qu'on ne peut être plus exigeant pour la décision des trois avocats, qui ne donnent qu'un avis, qu'on ne l'est pour trois juges qui rendent un jugement, mais il semble impossible d'admettre, en présence

(1) De Freminville, t. II, n° 753; Demolombe, t. VII, p. 519.

du texte formel de la loi, que l'autorisation de transiger puisse être accordée et homologuée, lors même que les avocats consultés auraient émis une opinion diamétralement opposée à la délibération (1),

Il est, sans doute, permis de considérer comme superflue, cette formalité supplémentaire, qui semble jeter un soupçon sur l'efficacité de la protection judiciaire de l'homologation: le législateur est entré dans la voie d'une simplification, dans la loi du 6 avril 1910, en affranchissant de cette consultation préalable le père administrateur légal. Une généralisation est peut être souhaitable, il n'en faut pas moins souligner, à propos de cette disposition particulière de l'article 467, l'importance que la loi attache à la garantie morale qu'on doit attendre des auxiliaires de la justice dans la protection des biens des incapables.

Nous aurons l'occasion de signaler, en maintes occasions, le rôle important que le magistrat, lui-même est parvenu à faire jouer aux officiers ministériels, notaires, avoués, agents de change, en les associant à sa mission de surveillance tutélaire dont la vigilance risque trop souvent d'être prise en défaut, dans l'intense courant des affaires.

a) Aliénation des valeurs mobilières et placement des capitaux. — Le Code civil, qui s'était montré si prodigue de sa sollicitude dans la protection de la fortune immobilière, avait gardé un silence presque complet relativement à la fortune mobilière.

Sans doute il avait prévu et réglementé la vente des meu-

(1) Le contraire a pourtant été soutenu par de Freminville (*loc. cit.*).

bles corporels (art. 452) et le placement des économies (article 455) ; mais il était resté muet sur la question de l'aliénation des meubles incorporels et le placement des capitaux.

Son silence, que l'on explique généralement par le faible développement des valeurs mobilières à l'époque de sa rédaction, allait faire naître une singulière anomalie, que la formidable extension, au cours du *xix^e* siècle, de la fortune en portefeuille, devait rendre de jour en jour plus choquante (1).

Allait-on, par application de ce principe que le tuteur avait le droit de faire seul tous les actes pour lesquels la loi n'avait prévu aucune formalité, autoriser la libre aliénation des offices, des établissements industriels et commerciaux, des valeurs mobilières d'une importance souvent considérable et pouvant constituer la totalité du patrimoine du pupille, alors qu'on exigeait, pour la vente d'une parcelle de terre, des autorisations et des garanties sans nombre et qu'on avait minutieusement réglementé l'aliénation de quelques meubles corporels sans grande valeur ? Allait-on, aussi laisser le tuteur entièrement libre de l'emploi des capitaux, alors que l'on avait réglé celui de modiques économies ?

On eût pu être tenté d'appliquer par analogie l'article 452 à tous les cas, mais on se heurtait à la difficulté de la vente aux enchères dont ne peut s'accommoder un office ministériel et dont se passe, au contraire, naturellement, une valeur cotée à la Bourse ; en outre, l'article 452 prévoyait bien les formes de la vente des meubles, mais il ne soumettait le tuteur à aucune autorisation de famille ou de justice.

(1) Aubry et Rau, t. I, n^o 113, p. 700.

Il ne fallait pas songer, non plus, en l'absence d'une disposition législative, à étendre aux meubles incorporels les dispositions de l'article 457, relatives aux immeubles.

Aussi la doctrine enseignait elle que, au milieu de ces objections et de ces doutes, la solution la plus juridique était encore celle qui, voyant dans le tuteur le représentant général du patrimoine pupillaire, le regarde comme ayant le pouvoir de faire seul et sans formalités, à l'égard des tiers, les actes pour lesquels la loi en effet, n'a pas exigé de conditions ni de formalités. Sans doute, reconnaissait-on que ce pouvoir était trop grand et regrettait-on que, précisément, en ce qui concerne la fortune mobilière du mineur, le Code Napoléon ne l'eût pas suffisamment réglementé et limité, mais ces regrets ne semblaient pas suffisants pour justifier, à l'égard des tiers une prétendue nullité de la vente faite par le tuteur seul, puisque la loi ne la soumettait d'une façon précise à aucune formalité.

En ce qui concernait la cession des offices, études de notaire, d'avoué ou d'agent de change, la difficulté avait reçu une solution, grâce à des instructions ministérielles, qui prescrivaient de refuser, au ministère de la justice, les présentations de titulaires, faites au nom des héritiers mineurs du titulaire décédé, lorsqu'elles n'étaient pas accompagnées d'une expédition de la délibération du conseil de famille.

La question se posait donc pour tous les autres meubles incorporels et en particulier pour les valeurs mobilières.

Plus soucieux que la doctrine des intérêts du mineur, le magistrat était cependant parvenu pendant longtemps à assurer à la fortune mobilière la garantie que le Code avait négligé

d'organiser et c'est là un remarquable exemple d'intervention du pouvoir judiciaire dans la protection des biens des incapables, où la puissance de fait l'emporte nécessairement sur les scrupules du juriste.

On sait l'ingénieux artifice qui fut employé alors : une loi du 24 mars 1806, relative au transfert d'inscription de rente 5 0/0 sur l'Etat appartenant à des mineurs, avait défendu au tuteur (art. 3) de vendre les inscriptions au-dessus de 50 fr. de rente, sans autorisation du conseil de famille, et un décret du 25 sept. 1813, avait rendu cette loi applicable aux actions de la Banque de France, dans le cas où le mineur avait plusieurs actions à vendre (1). Or, dans l'exposé des motifs de la loi du 24 mars 1806, le rapporteur, parlant de l'article 452 relatif à la vente des meubles corporels, avait considéré cet article comme applicable à tous les meubles du mineur, et cette opinion avait été reproduite dans l'avis du conseil d'Etat, en novembre 1806. Et, c'est à titre d'exception aux règles de l'article 452, que l'aliénation des inscriptions de vente sur l'Etat fut considérée comme soustraite aux formalités des affiches, publications et enchères, évidemment inutiles pour des valeurs cotées à la Bourse.

C'est de cet exposé des motifs et de cette manière de présenter l'aliénation des rentes sur l'Etat et des actions de la Banque de France comme une exception à la règle, supposée générale de l'article 452 que s'est servie la jurisprudence pour

(1) Cette loi du 24 mars 1806 était précisément intervenue à la suite de difficultés qui s'étaient élevées à la Bourse, où des entraves avaient été apportées à la négociation de ces effets, des doutes ayant surgi relativement aux pouvoirs des tuteurs.

admettre, pendant de longues années, la théorie qui devait suppléer à l'imperfection de la loi et dont la conclusion naturelle était: 1^o l'extension des dispositions de la loi du 24 mars 1806 à toutes les valeurs ayant un cours public; 2^o l'application de l'article 452 à tous les autres meubles corporels.

La jurisprudence allait même quelquefois plus loin encore, décidant par exemple, que la délibération d'un conseil de famille autorisant une cession d'office était soumise à l'homologation du tribunal (1).

Tels étaient, sous le Second Empire, les résultats obtenus dans la protection de la fortune mobilière des mineurs. Les besoins de la pratique avaient trouvé dans ces solutions une équitable satisfaction, l'intérêt des mineurs avait été le seul guide de la plupart des décisions; la Cour de cassation, tout en prouvant son souci de le protéger, conservait bien quelques doutes sur la solidité des arguments à la faveur desquels on prétendait limiter les pouvoirs du tuteur, mais elle admettait avec bienveillance le principe, allant même jusqu'à chercher, dans les circonstances de la cause, à trouver dans l'opération un emprunt déguisé, susceptible de la faire annuler (2).

Sans doute l'intérêt des tiers était-il parfois sacrifié, car une incertitude inévitable subsistait toujours, quant à la limite à laquelle il convenait de s'arrêter dans une voie qui n'avait rien de légal et où des décisions d'espèce risquaient tous les jours d'apporter des perturbations.

(1) Nîmes, 3 juill. 1850, S. 1850.2.456.

(2) Cass., 12 déc. 1855, D. P. 56.1.18.

Aussi en 1871, un brusque revirement se produisit-il (1) : La Cour de Paris, d'abord, le 11 déc. 1871 (2), la Cour de Cassation, ensuite, par deux décisions successives des 3 fév. 1873 (3) et 4 août (1873) (4), décidèrent que le tuteur n'avait pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour aliéner les valeurs du pupille autres que les rentes sur l'Etat et les actions de la Banque de France, spécialement visées par la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 sept. 1813.

C'était le bouleversement et l'écroulement de tout le système construit par la pratique ; la juste émotion qui gagna l'opinion eut l'heureux résultat d'obliger le législateur à apporter enfin à la question une solution précise et définitive, qui fut l'objet de la loi du 27 février 1880 relative « à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et à la conversion de ces mêmes valeurs en titre au porteur ».

Cette loi a mis fin également aux doutes qui s'étaient présentés relativement à l'emploi des capitaux pupillaires.

Le Code avait, en effet, réglé, (art. 455) l'emploi des économies, c'est-à-dire de l'excédent des revenus sur la dépense fixée par le conseil de famille. Il avait établi un délai à partir duquel le tuteur était tenu de placer ces économies, mais il avait omis de parler des capitaux, souvent fort importants, qui pouvaient se trouver, sous forme d'argent liquide, à l'ouverture de la tutelle ou échoir par la suite au pupille. On admettait généralement que le tuteur était tenu d'employer

(1) D. P. 1872.2.75.

(2) Planiol, t. I, n° 1914. — Colin et Capitant, t. I, p. 505.

(3) S. 1873.1.61.

(4) S. 1873.1.441.

ces capitaux, qui rentraient, en réalité, au même titre que les revenus en excédent, dans la portion d'argent que le tuteur devait placer comme dépassant les dépenses du budget préalablement fixé, mais cependant, la doctrine soutenait qu'à cet égard, en dehors de toute disposition formelle, le tuteur avait pleine liberté quant à la forme et aux délais de l'emploi.

Quoi qu'il en soit, la loi de 1880, en mettant fin à toutes ces controverses, a comblé la lacune de notre Code civil, à laquelle n'avaient pu qu'incomplètement remédier les efforts des juges, dans la diversité des circonstances portées devant leur tribunal: elle a organisé pour la fortune mobilière le contrôle légal de l'autorité judiciaire.

« Lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner « dépassera, dit l'art. 2, d'après l'appréciation du conseil « de famille, 1.500 fr. en capital, la délibération sera sou- « mise à l'homologation du tribunal, qui statuera, en la « Chambre du conseil, le Ministère Public entendu, le tout « sans dérogation à l'article 883 du Code de procédure ».

« Dans tous les cas le jugement rendu sera en dernier « ressort ».

Un double rôle incombe donc aujourd'hui au tribunal: il statue au contentieux sur les recours que le droit commun ouvre contre toutes les délibérations du conseil de famille, il homologue en la Chambre du conseil, les délibérations qui portent sur des valeurs suffisamment importantes.

On a bien signalé une différence de texte relativement aux autorisations d'aliéner, entre la loi de 1880 et les dispositions du Code relative aux immeubles: il n'est plus question ici de la « nécessité absolue » ou de l'« avantage évident ». Mais

ce n'est pas à dire que la décision du Conseil de famille pourrait ne pas être motivée alors surtout qu'elle serait, de par l'importance de son objet, assujettie à l'homologation du tribunal. On s'imaginerait difficilement la Chambre du conseil, mettant son visa au bas d'une requête qui ne justifierait d'aucun intérêt pour le pupille.

C'est le conseil de famille, d'après l'art .1^{er}, qui doit prescrire, en autorisant l'aliénation, toutes les mesures qu'il juge utiles. Nul doute que le tribunal ne possède un pouvoir discrétionnaire, pour admettre ou rejeter la requête, et, on a vu, à propos des ventes d'immeubles, que la solution adoptée était de limiter ses pouvoirs à cette admission ou à ce rejet pur et simple sans lui permettre de modifier les dispositions du conseil de famille relatives aux modalités de la vente (1). Il ne semble pas, bien au contraire, que la loi du 27 février 1880 ait voulu reconnaître aux juges plus de pouvoirs, au détriment du conseil de famille, puisque, comme on l'a dit plus haut, elle a pris soin de spécifier que c'est le conseil de famille qui prescrira les mesures qu'il jugera utiles (2). Il faut donc se borner à remarquer ici encore que le tribunal conservera quand même, grâce à son droit de *veto*, l'instrument suffisant, pour orienter, dans le sens qui lui paraîtra le plus favorable, la décision du conseil de famille ; il devra toutefois en user avec une extrême prudence, car les valeurs mobilières sont sujettes à des fluctuations singulièrement plus

(1) Il faut observer que quant aux formes de la vente la question ne se pose que pour les valeurs non négociables en Bourse. Pour ces dernières en effet, l'aliénation doit être opérée par un agent de change au cours moyen du jour (art. 3).

(2) Aubry et Rau, t. I, n° 113, p. 709 et la note 22 quinquies.

rapides que les biens immobiliers et la rapidité de la décision est un élément essentiel du succès de l'opération.

Mais tout le système de protection eut été illusoire si on avait laissé, dans le patrimoine du mineur, des valeurs au porteur. Ces titres, en effet, se négocient, comme leur nom l'indique, par la remise de la coupure constatant la créance. Cette extrême facilité d'aliénation en fait de véritables capitaux qu'il était dangereux de laisser aux mains du tuteur.

Aussi, d'une part, la loi du 27 février 1880 soumet-elle, (art. 10) la conversion du titre nominatif en titre au porteur aux mêmes formalités que l'aliénation, d'autre part, prévoit-elle, dans un délai de trois mois, au cas où elle est possible, la conversion des valeurs au porteur en titres nominatifs et, dans les cas où elle est impossible, le dépôt, suivant l'avis du conseil de famille, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignés.

Enfin, en ce qui concerne les capitaux, la loi dispose, (art. 6) que le tuteur devra en faire emploi, également dans un délai de trois mois, à moins que le conseil ne fixe un délai plus long, auquel cas il pourra en ordonner le dépôt dans les mêmes conditions que ci-dessus.

Ainsi, valeurs au porteur, capitaux, appartenant au mineur ou à l'interdit ou qui lui adviendront par succession ou autrement, doivent être soustraits à la libre disposition du tuteur, soit par la conversion en titres nominatifs soit par l'emploi, soit par le dépôt dans une banque, et c'est le conseil de famille qui est seul juge de l'opportunité de telle ou telle solution. Mais, qui va s'assurer de l'exécution de ces prescrip-

tions ? — Le Code civil a mis dans le gouvernement de la tutelle, un agent spécialement chargé de surveiller la gestion du tuteur, c'est le subrogé tuteur et c'est à lui que l'art. 7 de la loi du 27 février 1880 remet spécialement la mission de « surveiller l'accomplissement des formalités prescrites » et qu'elle enjoint de provoquer, si on ne s'y conforme pas, la réunion du conseil de famille, devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes et à justifier sa conduite.

Or, la pratique révèle l'imperfection d'un pareil système : l'intervention du subrogé tuteur se traduit le plus souvent par une abstention, qu'excuse une prétendue délicatesse vis-à-vis du tuteur dont la négligence coupable oppose aux mesures légales la résistance passive de l'inertie. Et les valeurs au porteur attendent indéfiniment leur conversion, les capitaux leur emploi ou leur dépôt, constituant ainsi un large fonds disponible à la discrétion du tuteur, pour des entreprises où le mineur n'a pas toujours précisément de bénéfices à réaliser.

Certes il y aurait place ici pour un contrôle obligatoire du juge. Voilà une délibération de conseil de famille qui autorise l'aliénation d'un meuble incorporel et qui prescrit le remploi du prix ou qui ordonne le dépôt dans une Banque de capitaux et de valeurs au porteur, dans un délai fixé ; il serait fort possible d'astreindre le tuteur, à l'expiration du délai, à apporter au greffe de la justice de paix ou à celui du tribunal, quand la délibération a été soumise à homologation, la preuve de l'exécution de son obligation.

Les juges de paix se font, le plus souvent, un devoir de faire savoir au tuteur qu'il manque à sa mission, mais, en

l'état actuel de notre législation, les choses en restent-là. La seule sanction qui s'offrirait au juge de paix serait la convocation du conseil de famille à fin de destitution du tuteur récalcitrant; c'est là une bien grave mesure à laquelle il s'abstient d'ordinaire de recourir, aucun texte ne lui faisant une obligation de s'occuper de pareilles affaires, et, en fait, aucune suite n'est jamais donnée au rappel sans conséquence qu'adresse quelquefois le juge de paix, par une initiative toute personnelle à laquelle la loi ne l'a pas convié.

Tel est l'état de notre législation depuis la loi du 27 février 1880. Sans contester l'immense amélioration apportée à la situation antérieure, où l'absence de dispositions précises laissait planer une indécision aussi regrettable pour les intérêts des mineurs que pour ceux des tiers, qui risquaient toujours de voir annuler des aliénations pour lesquelles ils n'avaient aucun moyen d'être certains d'avoir accompli toutes les formalités, il est intéressant de constater l'ingénieux effort qu'avait fait pendant longtemps le magistrat pour parer au manque de protection légale.

Une initiative de sa part pourrait-elle, en dehors d'une intervention législative, apporter un remède à l'obligation de emploi imposés par la loi? — Celle des juges de paix, qui prennent sur eux d'adresser des avis aux tuteurs pour les rappeler à leurs devoirs, est une indication dans cette voie, mais il serait indispensable que ces mesures, ou d'autres analogues, fussent généralisées et ne restassent point des initiatives isolées et facultatives et il serait souhaitable également de trouver une autre sanction que la procédure d'une demande en destitution, hors de proportion avec le but pour-

suivi, car le manquement du tuteur dont il s'agit de stimuler l'activité peut n'avoir, après tout, d'autre cause qu'une simple négligence.

Il semble que pour parvenir à de tels résultats la jurisprudence soit impuissante et qu'une intervention du législateur soit indispensable.

B. Juridiction contentieuse. *Recours contre les délibérations du conseil de famille* (art. 883, C. Proc.). — On a vu, à l'occasion de la composition du conseil de famille, que le seul moyen par lequel on pouvait porter devant le tribunal une contestation, quant à cette composition même, était d'attaquer la délibération du conseil illégalement constitué. Voilà un premier recours exercé en vertu de l'article 885, quant à la forme.

Mais on peut aussi se pourvoir devant la justice, quant au fond, par cela seul que la délibération paraît préjudiciable aux intérêts du mineur. Les magistrats peuvent donc ainsi réformer la décision du conseil de famille; il est vrai de dire alors que c'est leur propre avis et non celui de la famille qui est suivi (1).

Le Code civil était resté muet sur la question et il ne paraît pas douteux que son abstention ait été voulue, afin de maintenir au conseil de famille le pouvoir souverain qui correspond si parfaitement aux idées que professait à ce sujet le législateur de 1804. Mais, dès 1807, les dispositions à cet égard étaient déjà sensiblement modifiées, l'article 883 du Code de procédure en témoigne.

(1) Demolombe, *Minorité* t. I, n° 326.

A-t-on entendu permettre au juge de modifier la décision du conseil de famille ou a-t-on seulement voulu lui donner le droit d'annuler la délibération afin d'en obtenir le redressement ? Toujours est-il que la jurisprudence a admis sans difficulté que le tribunal statuant sur le fond peut substituer une mesure nouvelle à celles que proposait la délibération attaquée et la doctrine n'a jamais contesté cette interprétation extensive de l'article 883 C. proc. (2).

Il ne faut pas d'ailleurs qualifier d'appel ce pouvoir devant la justice, car il est admis par tout le monde que les décisions du conseil de famille ne sont pas des jugements, pas plus que les homologations, auxquelles elles sont parfois assujetties, et que le tribunal, saisi du recours en vertu de l'article 883 C. proc. statue en première instance, sous réserve d'appel, dans les termes du droit commun.

En dehors du cas controversé, déjà signalé, de l'application du recours de l'article 883 aux délibérations nommant un tuteur, toutes les délibérations peuvent être attaquées au fond lorsque l'on prétend qu'elles sont contraires aux intérêts du mineur. Il faut toutefois s'entendre sur la nature des décisions du conseil de famille : bien que l'intitulé du titre X de la II^e partie du Liv. I du Code de procédure confonde indistinctement, sous le nom d'avis, tous les actes du conseil de famille ; il faut observer que ces actes revêtent le double caractère d'avis proprement dits et de délibération. Pour remplir en effet, la mission qui lui est confiée, le tuteur a le loisir de consulter le conseil de famille, il en est de même du

(2) Colin et Capitant, t. I, p. 497.

juge lorsqu'il a besoin d'éclairer son jugement, à l'occasion d'une requête qui lui est présentée. Dans ces divers cas, le conseil de famille se borne à exprimer son opinion, son sentiment; il donne un avis. Au contraire, les délibérations sont des actes par lesquels il remplit la part d'attribution qui lui est confiée et qui sont exécutoires, soit par elles-mêmes, soit sous la condition d'homologation. Et c'est contre ces seules délibérations qu'est ouvert le recours de l'article 883 du Code de procédure; les autres, ne liant ni le tuteur ni le juge, ne sauraient être l'objet d'une opposition de la part d'un membre dissident (1).

Par contre, la loi ne fait aucune distinction entre les délibérations et, toutes les fois qu'elles sont contraires aux intérêts du mineur, elle permet d'exercer le recours.

On a vu, en matière d'homologation, quelles étaient les raisons qui avaient conduit le législateur à limiter l'intervention de la justice à certains cas bien déterminés et qui interdisaient aux juges d'accueillir des demandes et de statuer en dehors des cas prévus.

Ici, point d'énumération limitative; pourtant le rôle du magistrat est bien encore d'apprécier cette opportunité éminemment fugitive et impalpable qui constitue l'intérêt du mineur.

Et, à la vente, c'est ce caractère de supputations toutes personnelles et subtiles que revêtent les appréciations des magistrats en ces matières qui a fait triompher l'opinion suivant laquelle le recours de l'article 883, C. proc. doit être

(1) Dalloz, Rép. v^o Minorité, Ch. 3, Sect. I, art. 4, § 4.

refusé contre les délibérations nommant un tuteur. Rien de tel, en effet, n'est nulle part écrit dans le Code et la distinction entre les délibérations concernant le personnel et celles concernant le matériel de la tutelle est une création de la doctrine.

Il semble bien plutôt, qu'en accordant sans distinction le recours contre toutes les délibérations, alors qu'il établissait une classification pour les homologations, le législateur ait été inspiré par l'importance présumée des motifs qui justifient l'opposition prolongée et irréductible du membre du conseil de famille qui persiste, malgré le scrutin qui a clos la discussion, à poursuivre la défense du mineur jusqu'à la barre du tribunal.

La question qui est soumise aux magistrats est bien encore celle de l'opportunité de la mesure envisagée; mais, alors qu'en matière d'homologation, cette mesure avait, par hypothèse, rallié et concilié les opinions des membres du conseil de famille, et qu'il s'agissait, pour le juge rapporteur de rechercher et pour la Chambre du conseil d'apprécier jusqu'aux plus impondérables chances de succès ou risques de pertes, ici, au contraire, au lieu d'avoir convaincu les membres dissidents, le vote final en a laissé qui supposent avoir des raisons suffisamment puissantes pour faire prononcer l'annulation et faire modifier la décision.

Question singulièrement plus précise, où il y a bien, en vérité une part de divination sur les avantages ou les dangers de la mesure envisagée, mais où surtout, il y a à examiner si les raisons qu'invoque le membre dissident sont suffisamment

langibles et concluantes pour faire échec à celles qui militent en faveur de la décision adoptée.

Là se bornent, en principe les investigations du juge et l'esprit de la loi, en ce sens, apparaît assez clairement puisque, aux termes même du Code, l'action doit être dirigée contre tous les membres qui ont été de l'avis qu'a sanctionné le scrutin, afin que ce soit de l'appréciation de leurs raisons contradictoirement entendues que procède la sentence du magistrat.

C'est à cette condition seulement, en exigeant que l'opposant présente des démonstrations précises de la gravité d'un dommage éventuel, que l'on conçoit l'ouverture du recours de l'article 883 contre toutes les délibérations indistinctement; car l'énumération limitative des cas d'homologation demeurerait illusoire, si, par une voie détournée, il était loisible, sous un prétexte quelconque, de faire procéder le tribunal à une simili-homologation à laquelle on défend précisément par ailleurs à la Chambre du conseil de prêter son concours.

Par contre, aucune raison ne s'oppose à ce que le recours de l'article 883, C. proc. soit exercé, même contre les délibérations soumises à l'homologation (1). Qu'on ne prétende pas ce recours superflu, sous le prétexte que la Chambre du conseil appelée à homologuer devrait trouver des indications suffisantes pour éclairer sa sentence, dans le procès-verbal de la délibération où les avis des membres dissidents figurent obligatoirement quand il n'y a pas unanimité. Il n'y a rien de semblable entre cet enregistrement incolore, dans un pro-

(1) Dijon, 14 nov. 1862, S. 62.2.449.

cès-verbal, d'une opposition, peut être, d'ailleurs passagère, et la vivante protestation qu'apportera à la barre du tribunal, en face de tous les membres de la majorité, le membre de la minorité qui adresse un suprême appel au magistrat pour éviter quelquefois au mineur une désastreuse affaire.

Et, si, poussant à l'extrême la gravité des faits invoqués, on suppose que l'opposant apporte la preuve d'un dol, il ne saurait alors faire de doute pour personne que la nomination du tuteur elle-même, que l'on considère généralement comme soustraite à l'exercice du recours de l'art. 883, C. proc., serait annulable à l'égal de toutes les autres décisions, par application du principe général en matière de fraude : « *fraus omnia corrumpit* ».

L'article 883, C. proc. semble ne prévoir que les mesures contre des délibérations qui ne sont pas prises à l'unanimité, mais la majeure partie de la doctrine et la jurisprudence n'acceptent pas cette interprétation restrictive. On fait valoir que le législateur n'a statué que du « *plerumque fit* » et, qu'en l'absence d'un texte général on ne saurait refuser un recours qui, après tout est exercé dans l'intérêt du mineur (1).

A la vérité, tout le monde n'est pas de cet avis et il y a certes quelque chose de choquant à ce qu'un membre du conseil de famille qui a participé, par son vote favorable, à la décision, puisse venir attaquer ensuite cette décision même devant le tribunal. Sans doute son opinion a-t-elle pu se modifier et l'intérêt de l'incapable justifie-t-il qu'il lui soit

(1) Colin et Capitant, *loc. cit.*

permis de manifester son repentir, mais la question se pose alors de savoir si c'est bien au tribunal qu'il doit s'adresser et non plutôt au juge de paix afin de provoquer une autre délibération du conseil de famille et de pouvoir l'attaquer, cette fois, si elle était conforme à la première, puisqu'alors, il serait passé dans la minorité (1). Sans compter qu'il n'est pas certain que le juge de paix se prêterait de bonne grâce à cette seconde consultation, il n'y a pas grande utilité à rouvrir ainsi un débat pour l'attaquer ensuite, et c'est à bon droit que les tribunaux, soucieux d'éviter, avant tout, les frais et les lenteurs, accueillent indistinctement tous les recours de la part des membres du conseil de famille, qu'ils soient de la minorité ou de la majorité et que la décision ait rallié ou non l'unanimité des suffrages (2).

Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées soit par le tuteur ou le subrogé tuteur, soit par les membres de l'assemblée (art. 883, C. proc. civ.). Mais le Ministère Public reste sans qualité à cet égard. On a déjà vu les raisons qui conduisent à lui refuser l'action aussi bien qu'au juge de paix qui a présidé l'assemblée.

Il y a certes là une lacune maintes fois signalée dans la protection judiciaire des incapables, une réforme législative seule pourrait la combler.

LE PARTAGE JUDICIAIRE

Il résulte des articles 819, 823, 838, C. civ. et 984, 985.

(1) Demolombe, *Minorité*, t. I, n° 338.

(2) En ce sens voyez Colin et Capitant, *loc. cit.*

C. proc. civ. que le partage doit être fait en justice lorsqu'il y a parmi les héritiers des mineurs, des interdits, des non présents, tout comme lorsque les héritiers, même majeurs et capables, ne peuvent s'accorder pour partager à l'amiable.

Parmi les opérations du partage, les unes ont pour objet de concilier les parties, de trancher entre elles à l'occasion des difficultés qui peuvent naître, d'ordonner telle ou telle mesure, au cours de la procédure ou lors de sa conclusion; les autres sont des opérations de comptabilité nécessaires pour déterminer, tant l'étendue de la masse partageable que la part des copartageants:

Le Code Napoléon et le Code de Procédure avaient nécessairement confié au tribunal la mission de procéder lui-même, directement, aux premières et avaient prévu pour les autres, l'intervention d'agents secondaires (experts ou notaires) qui devaient y pourvoir par délégation de son autorité et sous son contrôle. Afin d'éviter aux justiciables des frais souvent inutiles et des lenteurs toujours préjudiciables, la jurisprudence d'abord, la loi du 2 juin 1841 ensuite, ont permis au magistrat de faire lui-même une partie de ce travail secondaire, dont le Code lui avait seulement réservé le contrôle, la nomination d'experts à fin d'estimation est aujourd'hui facultative et le tribunal peut opérer lui-même, lorsqu'il a entre les mains les éléments d'appréciation suffisants; le renvoi devant un notaire pour l'établissement du compte de liquidation et la nomination d'un expert, quand il y a des incapables, pour la confection des lots, sont seuls restés obligatoires.

Quoi qu'il en soit, et bien qu'il soit mêlé aux plus infimes

détails de la procédure, on peut regretter le rôle si modeste du magistrat en tant que protecteur des intérêts des incapables, en ce sens qu'il se limite à la stricte observation des formalités établies par la loi. Dans l'état actuel de notre législation, l'initiative du juge s'étend tout au plus à quelques simplifications de détail, mais rien ne lui est permis, dans un sens véritablement efficace, et sa mission se borne à des pouvoirs de police qui correspondent assez mal à l'opinion que nous nous faisons aujourd'hui de son rôle de la Haute-tutelle judiciaire.

Les scellés. — Préalablement à toute opération de partage, dont elle précède presque toujours la demande, prend place une mesure conservatoire, où trouve à s'exercer le rôle protecteur de la magistrature, c'est l'apposition des scellés. Beaucoup d'auteurs la considèrent comme une opération du début de la tutelle, parce qu'en effet, l'ouverture de la tutelle coïncide ordinairement avec l'ouverture d'une succession. Ce n'est pourtant pas là une règle générale, puisque les déchéances de la puissance paternelle produisent le même effet, du vivant des père et mère, mais, peu importe, on présente en général l'apposition des scellés comme une obligation imposée au tuteur avant son entrée en fonction. Or, il peut même arriver que la succession s'ouvre et que le mineur soit sans tuteur; c'est alors, à proprement parler que l'intervention spontanée de la justice se révèle comme particulièrement indispensable pour éviter des frustrations au préjudice du mineur. Dans ce cas, c'est à la diligence du Ministère Public, soit sur la déclaration du maire

ou adjoint de la commune, soit même d'office, que le juge de paix doit procéder à l'apposition des scellés.

Sous aucun prétexte, celui-ci ne pourrait se dispenser d'agir dans les cas prévus par l'art. 910 (1) l'apposition des scellés après décès est en effet, tantôt obligatoire, tantôt facultative, c'est-à-dire que, dans certains cas, elle doit être opérée d'office, tandis que dans d'autres elle ne peut avoir lieu que sur la demande des parties intéressées (et même il est des cas où elle ne peut être requise), or, la loi prescrit au juge de paix d'agir d'office quand il y a parmi les héritiers des mineurs dépourvus de tuteurs ou des absents.

Ainsi, dès l'ouverture de la succession, avant même qu'il soit nommé de tuteur, le magistrat, en l'espèce le juge de paix, est chargé d'une mesure conservatoire dont il est superflu de souligner l'importance. Et il est naturel que ce soit le magistrat cantonal auquel on ait eu recours, sa compétence territoriale relativement restreinte le désignant particulièrement comme devant être le plus rapidement renseigné sur les événements qui rendent son intervention nécessaire.

La demande en partage. — La demande en partage s'introduit en la forme ordinaire et, d'après l'article 465, l'autorisation du conseil de famille est seule nécessaire au tuteur pour provoquer le partage.

Aucune consultation, par conséquent, du pouvoir judiciaire, en dehors de l'avis du juge de paix, inséparable de

(1) Jay. Comp. gén. du j. de paix, p. 542.

celui des parents. La question s'est pourtant posée, et elle était inévitable, en une aussi grave circonstance, de savoir s'il n'y avait pas lieu de solliciter l'homologation du tribunal.

La doctrine enseigne et la jurisprudence admet en général, aujourd'hui, que l'autorisation d'introduire la demande en partage n'est pas soumise à l'homologation (1). La Chambre du conseil de la Seine a bien quelquefois statué sur de pareilles demandes, mais elle a depuis longtemps abandonné cette manière de voir, manifestement contraire aux textes (2).

Certes, c'est avec raison que de semblables errements ont été condamnés : on a vu ce qu'il fallait penser de ces sortes de consultations judiciaires, auxquelles on doit éviter de recourir sous peine de transformer la Chambre du conseil en cabinet de consultations. Mais, s'il faut approuver sans réserve les tribunaux de ne pas se prêter à une extension illégale de leurs attributions, on peut pourtant regretter que la loi n'ait pas, elle-même, pour un acte aussi grave que le partage, soumis l'initiative du tuteur à l'examen du magistrat. Que sont, en effet les frais d'homologation qui s'élèvent peut-être à 80 francs, en regard des dépenses si considérables qu'entraînent les garanties sans nombre accumulées autour de l'opération ?

C'est par la voie de l'assignation (art. 966 et 967, C. proc.) à l'audience du tribunal du lieu d'ouverture de la succession, que doivent être assignés les cohéritiers. Ici, encore, les

(1) Bordeaux, 23 août 1870, D. 71.2.43, Ch. du C. de la S., 23 avr. 1853; Bertin, t. I, p. 449; Laurent, t. I, p. 85; Demante, t. II, n° 217; Demolombe, t. V, n° 261.

(2) Voy. cep. Cass., 20 janv. 1880, D. 80.1.161.

efforts du magistrat ont tenté d'alléger le fardeau des dépenses: Quand le tuteur et les autres héritiers sont d'accord pour demander le partage, la Chambre du conseil a quelquefois statué sur requête (1). Ces décisions sont l'application des règles de la juridiction gracieuse, mais les art. 466 et 838 du Code civil et l'art. 966 du Code de procédure ayant, dans des termes non équivoques investi la juridiction contentieuse du droit de statuer en pareil cas, il est incontestable que cette juridiction est seule compétente pour accorder l'autorisation de procéder à la licitation de biens indivis.

Il est certes regrettable qu'il en soit ainsi puisqu'il en résulte, pour les parties intéressées, et notamment pour les mineurs des frais et des lenteurs, qui leur seraient épargnés si la Chambre du conseil était appelée à statuer, dans ce cas, conformément aux règles de son institution, mais le législateur seul peut apporter des modifications de cette nature aux articles du Code civil et du Code de procédure que nous venons d'indiquer (2).

Des opérations du partage. — Des difficultés peuvent se produire; l'une des héritiers refuse, par exemple, de consentir au partage, il s'élève des contestations, soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer (3), il s'agit de statuer sur la qualité d'héritier ou sur un droit de propriété, de régler les rapports à faire par les cohéri-

(1) Ch. du C. de la S., 15 mai 1834, 21 avr. 1836, 2 août 1849. Bertin, t. I, n° 502.

(2) Bertin, *loc. cit.*

(3) Dans ce cas le tribunal statue comme en matière sommaire (art. 823, C. civ.).

tiers ou de réduire des dispositions excessives (1), toutes ces questions sont de la compétence du tribunal saisi de la demande en partage et elles constituent à vrai dire la partie active de son intervention.

Le juge commissaire. — Mais il peut être utile, particulièrement lorsqu'il se trouve des mineurs et des interdits (art. 838, C. civ. 984, C. proc.) de nommer un juge commissaire. Ce juge est commis pour toutes les opérations du partage, c'est-à-dire, une fois pour toutes, sa mission est de les surveiller et de les pacifier; il n'a pas, bien entendu, le pouvoir de décider lui-même sur les contestations qui divisent les parties, il en fait seulement un rapport au tribunal qui statue: il est, en un mot, ainsi que l'a dit le Tribunal, un conciliateur s'il peut concilier et un rapporteur s'il faut juger (2).

Ainsi, un juge commis pour surveiller, concilier, faire les rapports; le tribunal de première instance pour juger, tel est le système de contrôle établi par la loi pour protéger, dans le partage, les intérêts des incapables.

Il reste à procéder au partage lui-même: plusieurs opérations sont nécessaires, il faut:

1^o Estimer les immeubles et les meubles et ordonner, s'il y a lieu, la vente des uns ou des autres;

2^o Procéder à la liquidation, c'est-à-dire former la masse partageable;

(1) S'il s'élève des difficultés touchant le fond du droit la procédure sommaire est inapplicable, D. Rép. v^o Succ., Ch. 7, Sect. 3, art. 6., § 3.

(2) Aubry et Rau [Bartin] t. X, n^o 624, p. 172.

3^o Enfin, composer les lots et les répartir.

C'est dans ces diverses phases de la procédure que le rôle du magistrat, minutieusement réglementé et limité par le Code civil et par le Code de procédure, est loin de posséder la souplesse nécessaire pour assurer en toutes circonstances une sauvegarde appropriée et efficace. La loi du 2 juin 1841 a remédié, dans une certaine mesure, aux abus des expertises, en élargissant les pouvoirs des tribunaux, mais la rigidité primitive est restée entière, notamment en ce qui concerne la composition et la répartition des lois, par exemple, et elle met obstacle à un judicieux exercice de la Haute-tutelle de la magistrature dans l'intérêt des incapables.

1^o *Estimation des immeubles et des meubles. Licitation.*

— On a vu, à propos de la vente des immeubles les raisons qui ont amené la loi du 2 juin 1841 à rendre facultative la coûteuse formalité de l'expertise par trois experts, jusqu'alors obligatoire. Cette innovation rendait nécessaire une modification correspondante en ce qui concerne le partage et, en effet, aux termes de l'article 970 C. proc. nouveau, il fut décidé que le tribunal pourrait, soit qu'il ordonnât le partage, soit qu'il ordonnât la licitation, déclarer qu'il y serait immédiatement procédé sans expertise préalable, même lorsqu'il y aurait des mineurs en cause et que, dans le cas de licitation, le tribunal déterminerait la mise à prix conformément à l'art. 955.

Il faut observer ici que la mission du magistrat prend un caractère singulièrement important lorsque le partage est poursuivi par les parties majeures contre le mineur; il n'y

a pas eu alors de délibération du conseil de famille et c'est sur la prudence et la sagesse du tribunal seul, ainsi que sur la vigilance du Ministère public, que repose toute la protection.

Dans le doute, le tribunal n'hésitera pas à ordonner l'expertise, mais on le laisse maître de l'ordonner, afin que les majeurs ne souffrent pas eux-mêmes du hasard qui a mêlé leurs intérêts à ceux des mineurs et que ceux-ci ne soient pas obligés de supporter des frais que tout le monde jugerait inutile (1).

La jurisprudence, dans cette question de l'expertise, avait déjà, bien avant la loi du 2 juin 1841, cherché à affranchir les parties de cette formalité et nombreux sont les arrêts où les juges se reconnaissent le pouvoir de procéder eux-mêmes à l'estimation (2).

Ces arrêts constituent ici, comme dans bien d'autres occasions une remarquable manifestation de l'effort incessant du magistrat, opérant, dans l'intérêt de l'incapable de véritables réformes et ouvrant ainsi la voie au législateur pour qu'il érige en système légal des pratiques dont il a reconnu et proclamé l'utilité.

L'estimation une fois faite, il reste à dire si les immeubles doivent être licites ou s'ils peuvent être partagés (art. 827).

(1) Dall. Rép. v^o Succ. Ch. 7, Sect. 3, art. 6, § 5.

(2) Req., 22 mars 1816, 22 mars 1823, 33 avril 1831, D. *loc. cit.*

« Encore bien qu'en principe rigoureux un immeuble dans lequel un mineur se trouve intéressé ne puisse pas être licite sans que l'impartageabilité n'en soit préalablement constaté par experts, cependant il y a exception à ce principe, ainsi que le remarque Pothier, quand il s'agit, par exemple d'une maison à la division de laquelle plusieurs ont intérêt. Req. 30 Fr. an XI, D. *loc. cit.* — Voy. Aubry et Rau [Bartin] t. X, n^o 624, p. 173.

C'est le tribunal (ou l'expert sur ses indications et sous son contrôle) qui apprécie souverainement s'il doit ou non être procédé à la licitation. L'appréciation des caractères auxquels on reconnaît qu'une chose est commodément partageable est une question qui dépend de trop d'éléments divers pour que des règles précises puissent être fixées et cette appréciation échappe à la censure de la Cour suprême (1). Ce que l'on peut dire, en général, c'est que le vœu du législateur, conforme à la nature même du partage et à l'équité, est que les immeubles soient partagés en nature; et, dès lors, il faut, pour que la vente soit jugée nécessaire que le partage doive avoir pour résultat, soit d'opérer une véritable détérioration ou dépréciation de chacune ou de plusieurs portions divisées, soit d'en rendre la jouissance difficile ou onéreuse (2).

En tous cas, la licitation, quand elle a lieu, doit être faite soit devant le juge à l'audience, soit devant un notaire, les étrangers y étant toujours admis.

Quant aux meubles, l'estimation, (s'il n'y a pas eu de prise régulière dans un inventaire); « doit être faite par gens à ce connaissant et sans crue » (art. 825), on s'accorde à reconnaître que les gens dont parle la loi doivent être nommés comme les experts. La vente peut être ordonnée avant le partage (3) le vœu de la loi étant d'ailleurs le partage en nature.

(1) Req. 11 mars 1883, D. Rép. Ch. 7, Sect. 3, art. 6, § 6.

(2) Demolombe, Succ. t. III, n° 657.

(3) La loi du 2 juin 1841 a modifié cet article et aujourd'hui le notaire est nommé par le tribunal tout entier, dans le jugement qui ordonne le partage.

Liquidation. — Une fois les immeubles estimés et vendus, s'il en a été ainsi ordonné par le tribunal, une autre opération est presque toujours nécessaire, celle de la liquidation, c'est-à-dire, ce que les anciens auteurs appelaient le compte mobilier de la succession.

L'article 828 s'exprime ainsi:

« Après que les immeubles ont été estimés et vendus s'il y a lieu, le juge commissaire (1) renvoie les parties devant un notaire dont elles conviennent ou nommé d'office, si elles ne s'accordent pas sur son choix.

« On procède devant cet officier aux comptes que les copartageants peuvent se devoir, à la formation de la masse générale, à la composition des lots, et aux fournissements à faire à chacun des copartageants ».

Lors de la discussion du Code de Procédure, une lutte s'était élevée entre les avoués et les notaires, au sujet de l'attribution de la mission du tribunal, au point de vue du compte liquidatif. Les avoués objectaient que les opérations du partage judiciaire étaient, comme toutes les affaires contentieuses, dans les attributions des tribunaux (Arg. C. Nap. 466 et 836) et que les notaires n'avaient qualité que pour les actes spontanés et convenus entre les parties; les notaires invoquaient (outre le texte formel de l'article 828 C. Nap.) l'intérêt des familles, dont ils possédaient les titres et connaissaient les affaires, et auxquelles la nature même de leur mission offrait plus de chances d'une utile conciliation. En se prononçant pour les notaires, le Code de Procédure a con-

(1) La loi du 2 juin 1841 a modifié cet article, et, aujourd'hui, le notaire est nommé par le tribunal tout entier, dans le jugement qui ordonne le partage.

sidéré que, le partage se compliquant souvent d'opérations et de combinaisons multiples, les juges doivent décider de questions contentieuses, mais abandonner l'application de leur décision à ceux que la loi charge de les exécuter, et que les notaires, par la nature même de leurs fonctions sont mieux préparés à ces travaux, qui détourneraient les juges de leurs occupations essentielles ou dont ils voudraient se décharger sur les greffiers, avoués... etc. (1).

Malgré ces motifs la question était longtemps restée controversée de savoir si le juge commissaire ne pouvait pas, lorsqu'il n'existait aucune contestation entre les copartageants, fixer lui-même ce qui revenait à chacun d'eux dans la succession (2). La loi du 2 juin 1841 a fait cesser cette controverse et c'est, aujourd'hui, un notaire qui doit toujours être chargé de ces sortes d'opérations qui rentrent tout à fait dans les attributions de son ministère. Ce n'est pas à dire d'ailleurs que, dans cette partie de la procédure, le juge soit dessaisi de son contrôle, car le notaire-commis est seulement chargé de faire le compte et « si dans les opérations renvoyées devant lui, il s'élève des contestations, le notaire dressera procès-verbal des difficultés et des dires respectifs des parties et les renverra devant le commissaire nommé pour le partage, et, au surplus, il sera procédé suivant les formes présentes par la loi sur la procédure (article 977, C. proc.) ».

(1) Séance du Cons. d'Etat du 22 fév. 1806. Exposé des motifs et rapport au Corps législatif. D. Ch. 7, Sect. 3, art. 6, § 7.

(2) Bordeaux, 3 mars 1834, D. loc. cit. Voyez cep. Colin et Capitant, t. III, p. 521.

Ainsi saisi le juge-commissaire fera un rapport qu'il soumettra au tribunal.

Homologation de la liquidation. — Voilà pour les difficultés qui peuvent naître au cours de l'établissement du compte. Une autre voie assure, en dehors de toute contestation, l'examen du juge, c'est l'homologation de la liquidation, à laquelle on doit obligatoirement procéder lorsqu'il y a des incapables parmi les copartageants (art. 984, C. proc.), et le Ministère Public peut requérir, et le tribunal ordonner d'office, les modifications qui lui paraissent conformes à l'intérêt du mineur (art. 981, C. proc.).

C'est à l'audience que les articles 966 et 981 du Code de procédure obligent à porter la demande d'homologation, mais, ici encore, toujours dans le but de diminuer les frais et d'accélérer la procédure, on s'est demandé si, lorsque toutes les parties étaient d'accord, lorsque le travail du notaire ne soulevait aucune contestation, la Chambre du conseil ne pouvait pas être saisie de la demande. Et, en fait, la Chambre du conseil de la Seine a plusieurs fois statué, sur de pareilles requêtes (1). Malheureusement cette procédure avait le très grave inconvénient de n'être pas celle que la loi avait prescrite et les Cours d'appel se sont vues dans l'obligation de la rejeter « attendu que les juges ne

(1) Ch. du C. de la S., 20 déc. 1854, 5 et 17 janv. 1855. Bertin, Ch. du C. t. I, n° 574.

La 1^{re} Ch. du trib. de la Seine a même été jusqu'à se déclarer incompétente en déclarant que c'était à la Chambre du Conseil qu'il appartenait de statuer (8 déc. 1854). Bertin, *loc. cit.*

La Cour de Paris, en appel a infirmé cette théorie mais elle reconnaissait cependant: que rien ne s'opposait, quand le partage ne soulevait aucune difficulté à ce que les parties présentassent une requête collective

peuvent, par des motifs d'économie dans les frais, dispenser les mineurs de l'observation des formalités que la loi a exigées pour leur garantie et créer une procédure arbitraire à la place de celle que la loi a elle-même tracée » (1).

On verra plus loin que le législateur, dans la loi du 19 mars 1917 (qui n'est d'ailleurs que d'une application temporaire) a tiré profit de ces anciennes tentatives de jurisprudence et a adopté la procédure qu'essayait vainement de faire prévaloir la Chambre du conseil de la Seine il y a quelque soixante-dix ans.

Composition et tirage au sort des lots. — La composition des lots est une des opérations qui soulève le plus de difficultés, leur tirage au sort entre les copartageants est celle qui soulève le plus de critiques ; et c'est à cet endroit qu'il est particulièrement regrettable de voir le rôle du magistrat limité à un modeste contrôle, alors qu'il serait si utile qu'une intervention, judicieusement appropriée à chaque espèce, pût se manifester au profit des incapables et aussi, d'ailleurs, de tous les copartageants.

La composition des lots, lorsqu'il y a parmi les copartageants des incapables, doit être faite par un expert nommé par le juge-commissaire (2) mais si, conformément à la loi

et que le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire, et sur les conclusions du Ministère Public statue à l'audience publique.

Voy. Aubry et Rau [Bartin] t. X, n° 113, p. 187.

(1) Rouen, 2 janv. 1841, S. 41.2.117, et Paris, 8 déc. 1854, précité.

(2) Cet expert n'est pas nécessairement le même qui a fait l'expertise des immeubles (s'il y a lieu à nomination d'expert) la mission du premier n'étant que partielle, bornée simplement aux immeubles, celle du second s'étend à toute la masse de la succession (Chabot, t. III, p. 151).

du 2 juin 1841, le tribunal a procédé lui-même à l'estimation, on peut se demander pourquoi, dans une pareille éventualité, le juge-commissaire ne procéderait pas lui-même à la confection des lots, puisque, par hypothèse, il a été jugé que le tribunal avait en mains tous les éléments d'appréciation nécessaires. Des décisions contradictoires se rencontrent dans la jurisprudence

Quoi qu'il en soit, c'est au juge, en nommant l'expert, qu'il appartient de fixer le nombre de parts à faire. Or, c'est cette fixation qui comporte des difficultés sans nombre, dans la majorité des cas, du fait de l'inégalité des parts des copartageants. Ce sont ces difficultés qui amènent trop souvent à ordonner la licitation, véritable expropriation dans laquelle sont, en général, sacrifiés les intérêts des mineurs, dont les tuteurs négligent de suivre les enchères avec tout l'intérêt nécessaire et laissent parfois adjuger les biens de la succession à des prix dérisoires. Il est vrai que la loi a cru pourvoir à ce danger en admettant les étrangers à la vente, mais l'expérience montre, hélas trop souvent, le vice du système et nombreuses sont les doléances des praticiens qui assistent journellement, dans l'exercice de leurs fonctions, à de véritables spoliations aux dépens des incapables.

Et cependant, en l'état actuel des textes, la licitation et le tirage au sort des lots sont les deux seuls procédés que le Code autorise, et la doctrine tout entière reconnaît l'impossibilité de faire une répartition par voie d'attribution (1).

Certes les critiques et les objections n'ont pas manqué d'être produites: procéder en effet par voie de tirage au sort

(1) Voy. Aubry et Rau [Bartin] t. X, n° 113, p. 185.

c'est garantir l'égale composition des lots, mais c'est risquer une répartition malencontreuse, procéder au contraire, par voie d'attribution, c'est rendre presque toujours la répartition plus satisfaisante, mais c'est aussi prêter le flanc à des soupçons de partialité, de complaisances et de brigues.

On peut répondre que l'honorabilité présumée du magistrat et la haute conception morale que l'on doit avoir de sa mission, doivent faire écarter de tels scrupules et que les incapables auraient tout à gagner à voir s'exercer en leur faveur sa paternelle intervention plutôt que d'abandonner leurs intérêts au sort, c'est-à-dire au hasard aveugle.

Une semblable réforme est du domaine du législateur (1) ; tout au plus le juge peut-il tenter au cours de la procédure de diminuer quelque peu les frais par des simplifications de détail, qui ne sont d'ailleurs pas sans dangers, étant donné la minutie avec laquelle les textes ont réglé l'opération dans ses moindres parties.

La plus efficace protection des intérêts du mineur est certes d'éviter, autant qu'il est possible, de recourir au partage judiciaire (2), or, le tribunal, saisi de la demande

(1) Lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841, on proposa de permettre au tribunal, après avis du Conseil de famille, s'il y avait parmi les copartageants des mineurs ou interdits, d'ordonner par voie d'attribution le prélèvement des lots inégaux. Cet amendement (présenté par le député Maurat Balauge) fut repoussé sur l'observation du garde des Sceaux pour le motif qu'une disposition qui modifiait les règles du Code civil ne devait pas être insérée dans une loi qui s'occupait de la procédure.

(2) Les lois de 1906, 1908 et 1909 sur les habitations à bon marché, les petites propriétés rurales et le bien de famille ont organisé, par dérogation aux règles du droit commun une faculté d'attribution totale, dont tout partage à l'un des cohéritiers.

Voy. Colin et Capitant, t. III, p. 525. — Voy. Aubry et Rau [Bartin] t. X, n° 113, p. 175.

en partage, ne peut pas obliger les parties à rester dans l'indivision, même pour un temps limité (art. 815, C. civ.) et l'absence d'homologation de la délibération du conseil de famille qui autorise le partage, laisse au seul juge de paix la mission d'élever la voix en faveur des mineurs pour faire valoir les dangers de l'opération, encore cet avis n'est-il produit que lorsque la demande émane du tuteur, puisque lorsque le partage est provoqué par les copartageants majeurs, il n'y a même pas lieu de réunir le conseil de famille.

Les juristes proposent divers moyens d'éviter les inconvénients du partage judiciaire: prolonger d'un commun accord l'indivision; faire un partage provisionnel; se passer du consentement du mineur, les copartageants majeurs se portant forts de son adhésion future, les uns envers les autres, tels sont les procédés généralement enseignés (1). Ce sont-là des mesures qui supposent l'accord des parties et dans lesquelles le juge n'a pas à intervenir.

Un autre moyen présente le grand avantage de ne pas laisser au partage un tel caractère d'instabilité, mais au contraire de le rendre aussi définitif que si toutes les parties étaient capables, c'est celui de la transaction. On peut, en effet, lorsque des mineurs ou des interdits sont intéressés dans un partage, y procéder sous la forme d'une transaction, en observant bien entendu les formalités prescrites pour cette sorte d'actes par l'art. 467; ce moyen est souvent employé, afin d'éviter les aveugles décisions du tirage au sort, lorsque l'intérêt de toutes les parties exige un partage

(1) Planiol, t. I, 1941.

par voie d'attribution. La jurisprudence et la doctrine paraissent, en général approuver ce mode de procéder qui tend à s'accréditer beaucoup dans la pratique (1). Ingénieux moyen, qui sauvegarde les intérêts du mineur, puisque la transaction est un des actes entourés du maximum de garanties (homologation de justice et avis de trois jurisconsultes), mais sur la légitimité duquel il est permis de faire quelques réserves, puisqu'il bouleverse la nomenclature et la classification du Code et qu'il transporte dans la classe des transactions une opération qui n'est, en réalité qu'un partage.

La loi du 19 mars 1917. — L'état de guerre a provoqué le vote d'une loi, portant dérogation temporaire à l'article 815 du Code civil, ainsi qu'à diverses dispositions concernant la procédure pour la liquidation des successions, c'est la loi du 19 mars 1917.

Cette loi dont, l'application est limitée à un délai de deux années, à compter du jour fixé pour la reprise des délais de prescription et autres, prévus par l'art. 1 de la loi du 4 juillet 1915, établit, dans son article 2, par dérogation à l'article 815 du Code civil, la possibilité, pour le tribunal saisi d'une demande en partage, sur la requête de toute partie intéressée et si les biens ne sont pas commodément partageables, d'ordonner le maintien de l'indivision, pour un délai qui ne pourra excéder deux années à partir du jour déterminé ci-dessus. D'ailleurs, si le tribunal prend ce parti, il doit, en outre prescrire toutes les mesures propres

(1) Aubry et Rau, t. I, n° 113, p. 711.

à assurer la conservation et l'administration des biens laissés dans l'indivision.

Cette mesure, dont il ne faut pas exagérer la portée, car elle est de la nature de tous les moratoires accordés pendant la guerre, n'en constitue pas moins une consécration de l'intérêt qu'il peut y avoir à laisser aux tribunaux une certaine latitude, quant à l'application de l'article 815 du Code civil. Sans doute, ne saurait-il être question de leur permettre le maintien de l'indivision pour une trop longue période, lorsque les mineurs sont en bas âge, par exemple ; la libre circulation des biens est une nécessité économique qui s'y oppose. Mais, puisqu'on s'est bien accommodé, dans des circonstances exceptionnelles, il est vrai, d'une situation qui, après tout, avait au moment du vote de la loi une durée essentiellement incertaine, ne serait-il pas souhaitable que, dans les cas où il suffit de quelques années seulement pour attendre la majorité des mineurs, le tribunal, en connaissance de cause, put s'affranchir de l'injonction de l'art. 815 du Code civil, et maintenir l'état d'indivision pour une période à laquelle il dépend du législateur de fixer un maximum ?

En dehors de cette mesure d'ordre général, applicable d'ailleurs au cas où il n'y a pas de mineur, la loi du 19 mars 1917 consacre quelques réformes de détail que l'on ne peut que souhaiter voir introduire dans la législation.

Ces réformes, nous les avons rencontrées au cours de ce chapitre, à titre de tentatives des magistrats pour alléger, dans la mesure du possible, le fardeau des frais, et pour accélérer la procédure.

C'est d'abord l'article 3 qui dispose que « lorsque les intéressés sont d'accord, le tribunal peut être saisi de la demande en partage par voie de requête collective, sans que les tuteurs des mineurs aient à se pourvoir de l'autorisation préalable du conseil de famille » et que « le jugement est rendu en Chambre du conseil ». Voilà donc attribuée légalement à la Chambre du conseil la compétence qui lui revient par application des règles de son institution. Espérons d'ailleurs que la dispense accordée aux tuteurs de réunir le conseil de famille est une mesure de circonstance, justifiés par des difficultés de fait dans la convocation d'une assemblée de parents pendant les hostilités ; car une généralisation de ce principe aurait le désastreux effet de priver le mineur de la plus précieuse garantie en cette matière.

C'est encore l'article 14, qui décide que « si tous les intéressés sont d'accord pour approuver le compte liquidatif, l'homologation ne peut être demandée, même par les tuteurs des mineurs et incapables et sans l'autorisation du conseil de famille par voie de requête collective » et que « en ce cas, le jugement est rendu en la Chambre du conseil et n'est pas susceptible d'appel à moins que le tribunal n'ait ordonné d'office des modifications quelconques ».

On a vu plus haut les tentatives faites, en ce sens, dans un but d'économie et de rapidité par la première Chambre du tribunal de la Seine et par la Chambre du conseil de la Seine en 1854.

Enfin, la loi du 19 mars 1917 permet (art. 7), au tribunal, si les parties sont d'accord, malgré la présence de mineurs ou d'incapables, d'admettre l'attribution proposée au profit de

l'une d'elles du mobilier meublant et des objets personnels du défunt, sur estimation convenue ou fixée par expert.

Il ne faut certes pas non plus exagérer la portée d'une telle disposition: elle est présentée comme une dérogation, (temporaire d'ailleurs comme la loi qui la contient), à la règle, que personne ne songe à contester, de l'inéluctable nécessité du tirage au sort des lots, elle ne fait qu'en confirmer la généralité et le maintien. Elle n'en est pas moins un premier pas, bien timide à la vérité, dans une voie où on souhaiterait de voir s'engager le législateur pour mettre un terme aux conditions véritablement trop défavorables dans lesquelles se font les partages où sont intéressés des incapables et où une plus grande liberté laissée au magistrat lui permettrait d'exercer sa mission tutélaire d'une façon plus efficace et plus salubre (1).

(1) En somme la règle du partage judiciaire obligatoire en présence d'incapables devrait être supprimée. Déjà la loi du 28 avril 1887, visant le partage des propriétés collectives des douars ou des familles en Algérie a décidé qu'il peut avoir lieu à l'amiable, même quand il intéresse des mineurs, pourvu que ceux-ci soient dûment représentés.

Il faudrait généraliser cette solution. On pourrait, au besoin, par surcroît de précaution, soumettre ces partages à l'homologation du tribunal.

Colin et Capitant, t. III, p. 520.

CHAPTTRE II

L'Emancipation

I

RÔLE DU JUGE DE PAIX

En dehors du cas de mariage où elle s'opère de plein droit, l'émancipation est un acte solennel, qui relève des attributions du juge de paix.

On sait qu'elle peut être faite par le père, par la mère ou par le conseil de famille ; or, la mission tutélaire du juge de paix ne saurait être la même lorsque l'émancipation émane du père ou de la mère ou lorsqu'elle est requise par un autre parent ou allié.

Lorsque l'émancipation émane du père ou de la mère, auxquels la loi témoigne d'ailleurs sa confiance en abaissant en leur faveur la limite d'âge à 15 ans, le simple rôle d'enregistrement de la volonté des parents que l'article 477 assigne au juge de paix, ne lui laisse guère que la faculté de faire à ceux-ci des observations d'ordre général, destinées à les mettre en garde contre les dangers possibles de l'acte qu'ils se proposent d'accomplir et dont il est bon de leur faire comprendre la portée et entrevoir les conséquences.

Lorsque le mineur, âgé de plus de 18 ans, étant sans père

ni mère, l'émancipation est demandée au conseil de famille, à la diligence du tuteur ou par des parents jusqu'au degré de cousin germain (art. 479), l'intervention du magistrat prend déjà un caractère plus précis et, bien qu'il ne puisse se refuser à convoquer le conseil de famille, il jouit, au cours de la délibération, de l'influence attachée à sa qualité de président et à sa voix délibérative et prépondérante en cas de partage.

Mais le juge de paix peut et doit réunir d'office le conseil de famille toutes les fois que l'intérêt du mineur l'exige et, en conséquence on lui reconnaît généralement le droit de provoquer une délibération à fin d'émancipation. A la vérité, à moins de circonstances tout à fait spéciales, et qui revêtraient sans doute plutôt le caractère de protection de la personne du mineur, que celui de la sauvegarde de son patrimoine, il est peu probable que de semblables interventions d'office se produisent dans la pratique: elles sont en dehors de la mission du magistrat qui n'est pas de prendre des initiatives, mais au contraire de faire agir le pouvoir d'arrêt, dont il est investi, pour mettre obstacle à des entreprises périlleuses.

Seulement, puisque le juge de paix pourrait agir d'office, on conclut (et c'est là le principal intérêt de la question au point de vue pratique) qu'il pourrait accueillir, en la faisant sienne une demande d'émancipation émanant d'un parent ou allié au-delà du degré de cousin germain; c'est en effet pour les seuls parents plus proches, que l'article 979 l'oblige de déférer à la réquisition.

Ainsi, l'effacement presque absolu, dans lequel le juge

de paix se trouve vis-à-vis du père ou de la mère, fait place à une prépondérance complète, lorsqu'il est requis par des parents éloignés de convoquer le conseil de famille, afin de délibérer sur l'émancipation dont l'opportunité se trouve alors soumise à son approbation préalable.

II

RÔLE DU TRIBUNAL

Le Code civil, au chapitre de l'Emancipation, a déterminé (art. 481 et suiv.) les actes que le mineur émancipé peut faire seul, ceux pour lesquels il lui faut l'assistance de son curateur, ceux enfin pour lesquels il lui faut recourir aux formalités de la tutelle telles qu'autorisations de conseil de famille et homologations de justice.

Une première mission incombe donc au tribunal, dans le fonctionnement normal de la curatelle ; c'est la continuation de celle qu'il remplissait en faveur du mineur en tutelle, elle a lieu dans les mêmes formes.

Mais il fallait également prévoir le cas où le mineur se montrerait indigne de la confiance qu'on lui avait témoignée et commettrait des abus de nature à rendre funeste pour son patrimoine une mesure que l'on n'avait prise que dans son intérêt.

Réparer d'une part les excès commis, en réduisant les engagements pris à la légère, et empêcher d'autre part le retour de nouveaux abus, par la révocation de l'émancipation, telles sont les deux aspects du problème.

Le premier comporte la prise en considération de circonstances que la loi énumère (art. 484), telles que la fortune du mineur, la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité de la dépense, toutes choses qui sont de la compétence des magistrats et rentrent dans le cadre de leurs attributions ordinaires.

Le second au contraire suppose des appréciations d'un tout autre ordre : une fois prouvés devant le tribunal et réparés s'il y a lieu, par son ordre, les excès du mineur, convient-il de révoquer l'émancipation et de replacer le mineur en tutelle ? Question singulièrement plus délicate, à laquelle paraissent seuls à même de répondre utilement ceux-là qui avaient cru agir pour le bien de l'incapable, en lui conférant la demi-capacité dont il a cependant abusé.

Et le Code civil fait, en effet, du droit de révoquer l'émancipation, le corollaire mais non la conséquence nécessaire, d'une réduction préalable, par la justice, des engagements du mineur.

Quoi qu'il en soit, lorsque le magistrat réduit les engagements du mineur, son rôle ne se borne pas tout à fait à la révision d'un acte, sa sentence pourra avoir une répercussion singulièrement plus importante puisqu'elle ouvrira éventuellement le droit pour la famille de faire retomber le mineur en tutelle.

Et c'est cette connexité entre deux droits distincts qui a amené certains auteurs à reconnaître aux personnes qui auraient le droit de révoquer l'émancipation, une fois les engagements du mineur réduits en justice, celui de poursuivre également la dite réduction aux lieu et place du mineur, afin

que celui-ci ne puisse, par une abstention systématique de l'usage de son droit à la réduction, mettre un obstacle insurmontable à la révocation et rendre ainsi tout à fait illusoire de disposition de l'art. 485 (1). Mais à la vérité, une semblable extension se heurte aux principes généraux qui empêchent de donner l'action en réduction à un autre qu'au mineur, puisqu'elle est établie dans son intérêt exclusif ; si bien qu'en pratique, celui-ci ne se trouve avoir un moyen très simple d'éviter la révocation de l'émancipation.

Quant aux actes auxquels s'applique l'action en réduction, la doctrine, interprétant le texte de l'article 484, al. 2, considère que ce sont les obligations contractées par voie d'achat et autrement, mais qui ont le caractère de simples actes d'administration, tels les achats de meubles et même encore les achats d'immeubles que le mineur paye de ses revenus ; pour les actes qui excèdent au contraire sa capacité et qu'il ne peut régulièrement accomplir que sous la condition de remplir les formalités des articles 481 et suivants, on reconnaît, en général, parmi les auteurs, qu'ils ne sont pas réductibles, mais annulables sans quoi serait vaine la réglementation légale de la curatelle.

Mais il peut arriver que le mineur, bien qu'ayant agi en dehors des limites de sa capacité ait conclu des engagements qu'une réduction pourra rendre utiles et avantageux, alors qu'une annulation lui en retirerait tout le bénéfice ; ici encore le magistrat s'est cru autorisé une fois de plus, dans l'intérêt du mineur émancipé, à faire une large appli-

(1) Colin et Capitant, t. I, p. 569, et note de Lyon. Caen sous Req. 24 juin 1896, S. 97.1.113. Planiol, t. I, n° 2033.

cation du droit de réduction que lui donne l'article 484 et la Cour de cassation a décidé que « le droit accordé au mineur émancipé de faire réduire en cas d'excès les obligations par lui contractées s'appliquait à toute obligation consentie par le mineur et non pas seulement à celles qui rentreraient dans les limites d'une simple administration » (1).

Cette réduction des engagements peut même aller jusqu'à être complète et la Cour de cassation a encore admis que « le mineur pouvait être entièrement déchargé de toute obligation dans un engagement excessif pour l'achat d'un immeuble » (2).

Lorsque le tribunal statue sur une demande en réduction, sa sentence devant s'inspirer, aux termes mêmes de l'art. 484, non seulement de l'état de fortune du mineur, mais encore de l'utilité de la dépense et de la bonne foi des tiers, il peut arriver que, tout en déclarant excessifs les engagements du mineur, il n'en prononce pas la réduction. De semblables jugements, d'après certains auteurs, devraient pouvoir néanmoins servir de base à la révocation de l'émancipation, malgré les termes de l'article 485 qui semble n'avoir prévu cette mesure de rigueur que lorsque les engagements ont été effectivement réduits. Et, en effet, l'interprétation littérale du texte conduit à ce résultat véritablement trop choquant de mettre dans certains cas le mineur à l'abri du retrait de l'émancipation précisément à cause de sa mauvaise foi, c'est ce qui arriverait par exemple, si la réduction des obligations,

(1) Cass. Req. 29 juin 1857, D. P. 58.1.33 et 21 août 1882, D. P. 83.1.339.

(2) Cass. 10 fév. 1890, D. 91.1.292.

reconnues pourtant excessives, avait été refusée, en considération des manœuvres dolosives du mineur envers un tiers de bonne foi.

En fait, les révocations d'émancipation sont extrêmement rares, mais, le cas échéant, il semble que le magistrat ne ferait qu'interpréter le texte de la loi dans le sens de la pensée du législateur en refusant d'annuler une révocation qui serait fondée sur des engagements reconnus excessifs, bien que non réduits.

En tout cas, bien que l'opinion contraire ait eu des partisans, l'état des textes ne permet aucune révocation en dehors des circonstances exigées par la loi, c'est-à-dire : reconnaissance préalable par les magistrats du caractère excessif des engagements du mineur ; rien n'autorise le retrait d'une émancipation acquise, pour des motifs se rattachant exclusivement à la conduite morale de l'incapable (1).

Autorisation de faire le commerce. — La seule émancipation ne rend pas le mineur capable d'être commerçant : l'article 2 du Code de commerce, outre la condition d'âge de 18 ans, exige une autorisation spéciale du père, de la mère ou, à défaut, du conseil de famille avec homologation de la justice. Ce n'est donc, qu'au cas où l'autorisation émanera d'autres personnes que des père et mère, que l'examen du magistrat sera requis pour habiliter le mineur.

Mais la question présente plus de difficultés au point de vue de la révocation en cas d'abus.

(1) Paris, 9 janv. 1901. D. P. 1901.2.301, S. 1901.2.36. Colin et Capitant, t. I, p. 550. Planiol, t. I, n° 2036.

Le mineur est réputé majeur à l'égard des engagements qu'il conclut à l'occasion de son négoce, et, des actes de commerce ne sauraient être soumis à l'action en réduction de l'article 484 du Code civil, préliminaire indispensable du retrait d'émancipation. Par conséquent, si le mineur ne se livre à aucun excès dans des engagements civils qui pourraient donner naissance à l'action en réduction de l'article 484, il sera impossible de le soustraire aux dangers que son inexpérience peut révéler, en révoquant l'émancipation.

On a bien proposé de soumettre aux juges les engagements commerciaux, pour les faire tout au moins déclarer excessifs, sans qu'il soit pour cela question d'en opérer la réduction, mais un tel rôle est en dehors des attributions des magistrats et il est inadmissible de leur demander de semblables consultations.

A la vérité, aucune disposition de la loi n'ayant prévu le retrait de l'autorisation donnée au mineur de faire le commerce, on pourrait être tenté, par analogie avec ce qui se passe pour la femme mariée, à reconnaître la faculté de révoquer cette autorisation aux mêmes personnes qui ont le droit de la donner.

Si c'est le conseil de famille qui agit, on sait que la délibération qui a accordé l'autorisation de faire le commerce était soumise à l'homologation du tribunal, l'homologation sera donc également requise s'il s'agit de la révocation et ainsi, l'examen de la justice écartera tout soupçon d'arbitraire.

Il n'en est pas de même si le retrait d'autorisation est fait par le père ou la mère; à cet égard, nous ne professons

plus tout à fait les idées des auteurs du Code, qui accordaient une confiance illimitée à l'amour paternel et maternel, et nous concevons, dans l'exercice des droits des parents sur leurs enfants, l'intervention du pouvoir judiciaire, qu'a consacrée d'ailleurs, relativement à l'administration légale, la loi du 6 avril 1910. Il ne paraît pas douteux que le législateur de 1804 aurait accordé sans réserve et sans recours, aux père et mère le droit de révoquer l'autorisation de faire le commerce, qu'ils avaient octroyée antérieurement au mineur émancipé, mais l'évolution des idées sur la toute puissance de la volonté paternelle nous fait reculer aujourd'hui devant l'exercice d'un pouvoir aussi arbitraire et on s'est demandé si la marche à suivre ne serait pas de s'adresser au tribunal afin de lui faire prononcer le retrait. C'est en effet la justice qui statue sur les questions relatives à la capacité des personnes, qui nomme par exemple des conseils judiciaires aux faibles d'esprit, aux prodigues... etc.

Mais, malgré les avantages de cette solution dont l'un des principaux est d'être applicable également au mineur émancipé par le mariage, il faut reconnaître que la loi n'a prévu nulle part ce recours à la justice et qu'il appartiendrait au législateur seul d'ouvrir une telle voie.

En réalité, le seul système véritablement juridique, en l'état actuel des textes, est celui qui fait dépendre le retrait d'autorisation de faire le commerce de la révocation de l'émancipation elle-même.

CHAPITRE III

L'administration légale

« I. — LE CODE CIVIL

L'enfant légitime mineur, du vivant de ses père et mère, peut avoir une fortune propre, soit qu'il ait reçu des libéralités par donation ou par testament, soit qu'il ait succédé *ab intestat* à des frères et sœurs plus âgés que lui.

C'est cette fortune qui avait fait l'objet de l'art. 389 du Code Civil : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs... » (1).

Mais le Code Civil, en posant le principe de l'administration légale, n'en avait pas défini la nature et n'avait pas fixé les droits et les pouvoirs du père. Le peu d'importance du patrimoine des enfants, en général, avant le décès d'un de leurs parents, la confiance dans l'efficacité du contrôle de la mère, expliquent en partie son silence (2). Il n'en est pas moins vrai que la pratique devait mettre en présence de circonstances où l'absence de dispositions précises allait créer de sérieux embarras.

(1) Les mots « durant le mariage », auxquels la nouvelle rédaction de l'art. 389 a substitué « du vivant des époux » excluent de l'administration légale les parents naturels que la loi du 2 juillet 1907 a seulement chargés de la tutelle légale avec toutes les restrictions et précautions qu'elle comporte. Planiol, t. I, n° 1710.

(2) Colin et Capitant, t. I, p. 523.

A l'expérience, les actes d'administration simple, c'est-à-dire ceux que le tuteur accomplit sans autorisation du Conseil de famille, tout le monde tomba d'accord pour dire que le père pourrait les faire.

D'autre part, tout le monde à peu près fut encore d'accord pour dire qu'il ne pourrait pas se livrer à des actes de disposition, pourtant Zachaim estimait que « le droit en vertu duquel le père administre les biens de son enfant, et le représente dans les actes de la vie civile, n'était en général soumis à aucune restriction » et cette opinion, qui n'avait, il est vrai, que de rares partisans, avait entraîné quelques décisions de la justice.

Ainsi le tribunal de la Seine avait jugé que le père administrateur légal avait pleins pouvoirs pour rendre les titres de rente sur l'Etat appartenant à ses enfants mineurs et non émancipés (1) et la Cour d'Amiens avait décidé que le père administrateur légal pouvait transiger au nom de son enfant mineur sur les droits purement mobiliers de celui-ci sans avoir à remplir les formalités de l'article 467 ni aucune autre à leur place (2).

Et, à la vérité, il n'était pas du tout démontré que l'autorité judiciaire eût le pouvoir de donner au père de semblables autorisations, mais, en fait, la force des choses fut plus puissante que ces scrupules de juristes et on fut obligé de reconnaître la nécessité de l'intervention du magistrat.

Quoi qu'il en soit de cette discussion, une autre surgit, et elle était inévitable, au sujet des actes qui ne sont pas

(1) Trib. de la S., 27 avril 1882, D. 83.3.111.

(2) Amiens, 1^{er} mars 1883, D. 84.2.150.

parmil les plus graves, et qui, cependant, ne sont pas simplement des actes d'administration.

Soumettre le père administrateur légal à un contrôle judiciaire, et déterminer d'une façon précise les cas où ce contrôle aurait lieu de s'exercer, tels étaient les deux éléments du problème pour la solution duquel plusieurs systèmes étaient en présence.

L'application des règles de la tutelle était un premier moyen, qui fournissait à la fois une classification entre les divers actes et un contrôle du magistrat pour les plus graves. Elle était proposée par une partie de la doctrine (1) qui ne croyait pas que l'on fût en droit de recourir à une autorisation du tribunal sans avoir, au préalable, provoqué la délibération d'un conseil de famille, et pourtant, les partisans de cette solution reconnaissent eux-mêmes que « en fait et en raison, il y a une très grande différence entre la situation des enfants qui ont encore leur père et leur mère, et celle de ceux qui ont perdu l'un ou l'autre. Pendant le mariage, le père et la mère sont là, se consultant tous les deux, veillant en quelque sorte l'un sur l'autre, avec une instinctive émulation de tendresse ; c'est là une garantie fondée à la fois sur l'amour paternel et l'amour conjugal, dont les enfants sont le gage, et le lien le plus puissant » (2).

Dans l'ancien droit, d'ailleurs, les règles en ce qui concernait les biens des enfants étaient différentes, selon que les biens du mariage étaient ou non dissous, et le Tribunal,

(1) Demolombe, t. VI, n° 446.

(2) Demolombe, t. VI, n° 446.

en proposant l'art. 389, avait dit notamment que « si la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fut, par rapport aux biens personnels de ses enfants, assujetti pendant le mariage, à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur, il faudrait que le père fut sous la soumission d'un subrogé-tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, ce qui répugne à tous les principes constamment reçus ».

Et ces considérations devaient amener la Cour de Cassation à écarter définitivement, dans un arrêt du 3 juin 1867 (1), les règles de la tutelle « attendu, disait l'arrêt, qu'elles ne sont pas applicables en général au père administrateur légal, pendant le ménage, des biens de ses enfants mineurs, que, notamment, la loi n'a pas voulu le soumettre à l'intervention et au contrôle du Conseil de famille, que cela résulte avec évidence des circonstances et des déclarations qui ont accompagné l'introduction dans le Code de l'art. 389 ».

Une autre (2) solution, plus soucieuse des précédents historiques et plus respectueuse de la faveur accordée au contrôle de la mère, n'utilisait les règles de la tutelle que pour établir, entre les divers actes d'administration du père, la classification qui devait servir de base au contrôle judiciaire. On reconnaissait au père le pouvoir de faire, sans autorisation, tous les actes que le tuteur accomplit seul ou avec l'autorisation du Conseil de famille, la présence de la

(1) S. 67.1.273.

(2) Marcadé, t. II, n° 150.

mère paraissait susceptible de suppléer largement à une réunion de parents souvent éloignés et presque toujours indifférents; quant aux actes pour lesquels, en cas de tutelle, le législateur avait entendu protéger le mineur par une intervention du magistrat, sous la forme de l'homologation de la délibération du Conseil de famille, on jugeait qu'il y avait lieu de ne les permettre au père qu'avec l'autorisation du tribunal, seulement cette autorisation du tribunal n'était pas soumise à la condition préalable de la délibération d'un conseil de famille que le contrôle de la mère semblait suffisant à remplacer.

De nombreuses décisions s'inspiraient de cette solution et ainsi, par exemple : La Cour de Bourges décidait, le 11 février 1863 (1) que « le père administrateur légal pouvait intenter une action immobilière concernant les biens de son enfant sans avoir besoin d'une autorisation du Conseil de famille, l'administration du père n'étant pas soumise, quant à ce, aux mêmes conditions que l'administration du tuteur ». Le tribunal de Marseille, le 12 décembre 1864 (2) jugeait que : « est nulle la transaction faite par un père administrateur légal, dans l'intérêt de ses enfants mineurs, si elle n'a été, conformément à l'art. 567 du Code Civil, soumise à l'homologation du tribunal ».

Nous avons déjà fait remarquer que les nécessités de la pratique justifiaient seules une intervention du pouvoir judiciaire, qu'aucun texte n'avait formellement prévue. Les scrupules très naturels, avec lesquels on introduisait même en

(1) S. 63.2.121.

(2) S. 65.2.216.

les atténuant par une judicieuse adaptation, les règles de la tutelle dans une matière pour laquelle elles n'avaient manifestement pas été écrites, devaient amener la jurisprudence à chercher une autre base à son contrôle.

C'est ainsi que la Chambre du Conseil de la Seine et la Cour d'appel de Paris (1) s'étaient ralliées à une autre idée.

Faisant abstraction de toute considération de personnes, la question qui se posait, disait-on, en présence d'un acte à accomplir, était celle de savoir si l'acte était un acte d'administration ou un acte de disposition, dans le cas où l'acte rentrait dans les attributions normales d'un administrateur, le père pouvait l'accomplir seul, dans le cas contraire, il lui fallait l'autorisation du tribunal en chambre du Conseil, puisque, de droit commun, « l'administrateur qui veut procéder à de tels actes, doit obtenir de la Chambre du Conseil, une autorisation *ad hoc* » (2). Et voici comment, par application de ce principe, s'était fixée la jurisprudence de la Chambre du Conseil du Tribunal de la Seine :

- 1° Le père devait recourir à l'autorisation du tribunal ;
 - a) Pour aliéner les immeubles et les droits immobiliers appartenant à ses enfants (3) ;
 - b) Pour emprunter et hypothéquer (4) ;
 - c) Pour échanger des immeubles (5) ;

(1) Bertin, Chambre du Conseil, t. I, n° 616.

(2) Bertin, *op. cit.*, t. I, n° 613.

(3) Ch. du Cons. de la S., 26 janv., 15 juin, 6 juill. 1853.

(4) Ch. du Cons. de la S., 15 juin 1853.

(5) Ch. du Cons. de la S., 10 janv. 1851.

d) Pour accepter une succession (bien que, dans ce cas, des décisions contraires eussent été enregistrées) (1).

2° On reconnaissait au père le droit de faire seul :

a) Des délivrances de legs particuliers au nom de son enfant mineur, institué légataire universel (2) ;

b) Des achats d'immeubles appartenant à ses enfants (3) ;

c) Des aliénations de valeurs mobilières appartenant à ses enfants mineurs, la loi du 27 février 1880 qui impose au tuteur l'accomplissement de formalités n'étant pas alors applicable au père administrateur légal (4).

La même controverse reparaisait dans la doctrine et une hésitation analogue se retrouvait dans la jurisprudence, dans les cas où il s'agissait de nommer à l'enfant un représentant *ad hoc*, lorsqu'il y avait opposition d'intérêts entre lui et son père.

Les uns voulaient faire nommer un tuteur *ad hoc*, par un conseil de famille.

Les autres confiaient à la Chambre du Conseil le soin de nommer, non pas un tuteur, mais un administrateur *ad hoc*, et la Cour de Cassation avait consacré cette doctrine le 9 janvier 1874, en décidant qu'il appartenait aux tribunaux de faire choix de l'administrateur *ad hoc* (5).

Mais la jurisprudence, sur ce point comme sur les autres,

(1) Ch. du Cons. de la S., 10 août 1853, 20 janv. 1854. Bertin, t. I, n° 616.

(2) Ch. du Cons. de la S., 16 déc. 1852.

(3) Bertin, t. I, n° 617.

(4) Amiens, 11 juin 1890, S. 1892.2.15. Trib. de la S., 2 janv. 1882, S. 82.2.207.

(5) Bertin, t. I, n° 618.

était loin d'être unanime, et beaucoup d'arrêts, notamment en province, exigeaient que la nomination de ce représentant fut faite par un conseil de famille. La Chambre des requêtes elle-même avait admis cette solution (1).

Ainsi, sous l'empire du Code Civil, en l'absence de toute disposition de la loi, le contrôle du magistrat s'était établi, dans la limite où il était permis de le faire, en dehors d'une intervention législative. L'incertitude n'en subsistait pas moins, quant à la délimitation exacte des pouvoirs du père et, danger beaucoup plus grave, une large brèche restait ouverte aux abus, par suite de l'impossibilité d'appliquer la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières.

En fait, des dilapidations scandaleuses se produisaient, sous les yeux du tribunal, impuissant à les prévenir et à les réprimer, et dont la seule ressource était de consigner dans son arrêt l'imperfection de la loi et la nécessité d'une réforme (2).

C'est ainsi que le rapporteur de la loi du 6 avril 1910, dans le discours qu'il prononça à la Chambre, put citer l'exemple suivant, tout à fait précis et particulièrement caractéristique de la criante injustice qui se commettait journellement (3) :

(1) Req., 10 juillet 1885, D. 85.1.465 et la note.

(2) « Attendu, sans doute, qu'il est regrettable que la propriété des biens « appartenant à des mineurs ne soit pas à l'abri des atteintes dont elle « peut être l'objet, même de la part du père administrateur légal mais « qu'il n'appartient pas aux tribunaux de suppléer au silence, pas plus « qu'aux déficiences de la loi. » (Extrait des attendus d'un arrêt de la Cour d'Amiens. Voir discours du rapporteur de la loi du 6 avril 1910 à la Chambre, Journ. Off., 1^{er} avril 1910, 2^e séance).

(3) Journ. Officiel, 1^{er} avril 1910, 2^e séance.

Il s'agissait d'un cas particulier, soulevé par l'application de la loi de 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières dans un procès devant la 6^e Chambre du tribunal de la Seine.

Un père, administrateur légal, demandait que la Chambre syndicale des agents de change fût condamnée à opérer le transfert d'un titre nominatif auquel elle se refusait. Le père soutenait nettement cette thèse que, sans doute le titre appartenait à son enfant, qu'il prétendait s'en servir dans l'intérêt de son commerce qui périssait, mais que cette circonstance particulière ne faisait pas obstacle à son droit et que la justice ne pouvait rejeter sa prétention, quelque certitude qu'elle eût que l'enfant allait se trouver dépouillé à tout jamais, parce que, en sa qualité de père, il avait le droit de disposer arbitrairement de la fortune de son enfant.

Et, ajoutait le rapporteur, le tribunal a été obligé d'admettre cette thèse (2).

C'est précisément pour faire cesser ces abus que l'on modifia l'article 389 du Code Civil et qu'on réglementa définitivement l'intervention du pouvoir judiciaire dans la protection des biens de l'enfant soumis à l'administration légale.

Tel fut l'objet de la loi du 6 avril 1910.

(1) Thèse conforme à l'arrêt d'Amiens précité. Journ. Off., *loc. cit.*

II. — LA LOI DU 6 AVRIL 1910

La loi du 6 avril 1910, issue du projet déposé à la Chambre le 16 novembre 1881, a déterminé, sous la forme de renvois aux différents articles du Code Civil, du Code de Procédure, de la loi de 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières, les cas dans lesquels le père administrateur légal doit se munir d'une autorisation du tribunal ; elle a prévu la déchéance du père, tantôt la déclarant de plein droit, tantôt laissant au juge la faculté de l'appliquer, et d'en faire au besoin un moyen de coercition contre un père imprévoyant ou indigne ; enfin elle a investi le tribunal de la mission, de nommer, quand besoin est, un administrateur *ad hoc*.

Le magistrat a donc un triple rôle à jouer :

- 1^o Autoriser le père à accomplir les actes les plus graves : le tribunal remplissant, dans ce cas, les fonctions de conseil de famille ;
- 2^o Prononcer, quand il y a lieu, les déchéances contre le père ;
- 3^o Nommer, lorsque cela est nécessaire, un administrateur *ad hoc*.

§ 1^{er}. — Autorisations

Les autorisations sont données sur requête, en la Chambre du Conseil, le Ministère Public entendu, et, si l'autorisation est refusée, il n'y a pas lieu à appel, conformément à l'arti-

cle 2 de la loi du 27 février 1880 rendue applicable au père (1).

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence antérieure s'était déclarée impuissante en ce qui concernait l'aliénation des valeurs mobilières, la loi de 1880 n'était pas applicable au père administrateur légal. Sur ce point, le législateur a achevé, en la complétant, l'œuvre du magistrat : le père administrateur légal doit se munir de l'autorisation de justice pour l'aliénation des valeurs mobilières au dessus de 1500 francs et pour la conversion, au dessus de ce chiffre, des titres nominatifs en titres au porteur.

En ce qui concerne les ventes d'immeubles, l'autorisation de la justice est toujours requise, à moins toutefois que l'immeuble n'appartienne par indivis au mineur et à un tiers, et que ce tiers ne demande la licitation, par application de l'art. 815 du Code Civil. Le père, dans ce cas, peut acquiescer sans autorisation ; à quoi bon, en effet, le soumettre à une formalité pour un acte auquel il ne peut se soustraire ?

Les licitations et ventes sont toujours faites aux enchères, conformément aux art. 953 et suivants du Code de Procédure.

A ce point de vue, la loi nouvelle applique au mineur soumis à l'administration légale, les règles de la tutelle. Certains y ont vu un excès de zèle du législateur, ils ont critiqué cette méconnaissance de l'esprit du Code qui avait entendu placer l'enfant sous la sauvegarde de l'amour pater-

(1) Planiol, t. I, n° 1716.

nel contrôlé et suppléé au besoin par l'amour maternel, ils ont déploré, cela à bon droit, les frais de toute nature, les embarras souvent préjudiciables qu'entraînent les partages judiciaires, les licitations avec leurs affichages, leurs cahiers des charges, leurs ventes aux enchères, avec admission d'étrangers... etc. (1).

« Le législateur, a-t-on dit, a jugé bon d'enfermer le mineur et son administrateur légal dans cette carapace de fer qui, sous peine de lourds sacrifices pécuniaires, les voue à une immobilité complète ; accablant l'enfant de son encombrante sollicitude, il le place à peu près dans la situation où Sancho Pança fut placé par la malice de ses tourmenteurs, lors du fameux combat de nuit, livré en l'île de Barataria » (2).

La critique n'est que trop juste, hélas, mais elle vise la forme et non le fond.

Si des frais de toute nature oppriment, au nom de la Justice même, les incapables que l'on soumet à sa sauvegarde, de ce côté, une réforme est toujours possible, qui, en simplifiant les formalités, réduirait les dépenses.

Il n'en est pas moins vrai que mieux vaut faire acquitter par l'incapable, un impôt, même exagéré, que de laisser son patrimoine entier à la disposition d'un père que des spéculations malheureuses peuvent conduire à la ruine. Il n'est pas question de méconnaître le contrôle de la mère, mais on peut douter que l'influence toute morale de celle-ci soit

(1) En ce sens Colin et Capitant, t. I, p. 525.

(2) Henry Moreau, Commentaires des Lois nouvelles, avril 1910, p. 79.

suffisante à retenir son mari s'il engloutit dans de mauvaises affaires, la fortune de ses enfants, alors que les solides barrières du régime dotal sont si souvent impuissantes à l'empêcher elle-même de se ruiner avec lui.

Enfin, la loi du 6 avril 1910 soumet encore à l'autorisation du tribunal, les autres actes les plus graves de la gestion tutélaire, tels que les constitutions de droits réels immobiliers, les emprunts et les transactions. Seulement, pour les transactions, le législateur a pensé, à juste titre, qu'il n'était pas besoin d'assujettir la délibération de la Chambre du Conseil à l'avis préalable des trois jurisconsultes, qui doivent, en cas de tutelle, éclairer de leur consultation la décision du conseil de famille ; il a affranchi la transaction de cette formalité, considérant que la sagesse du juge était une garantie suffisante de la sauvegarde des intérêts de l'enfant.

§ 2. — *Déchéances de l'administrateur légal*

Tantôt opérant de plein droit en vertu d'une disposition formelle, tantôt laissées à l'appréciation du juge, auquel elles fournissent un moyen indirect de faire respecter la loi, les causes de la déchéance ont été réglementées avec minutie par le législateur de 1910.

Une première catégorie comprend le divorce, la séparation de corps, l'interdiction, la dation du conseil judiciaire, les déchéances de la puissance paternelle, toutes causes pour lesquelles le magistrat n'a qu'à prononcer la déchéance prévue par le texte : l'état de divorce, de séparation de corps, d'interdiction... étant donné, tout au plus le rôle du juge

ira-t-il jusqu'à désigner, quand la loi l'y autorise et ne le fait pas à sa place, la personne qui devra exercer les attributions qui sont enlevées au père déchu.

En cas de divorce ou de séparation de corps, la loi désigne en principe celui des deux parents qui a obtenu la garde de l'enfant comme devant exercer l'administration légale, mais le tribunal peut en ordonner autrement et séparer le droit de garde du droit d'administration (al. 3). Il était indispensable de laisser au magistrat cette latitude, sans quoi des complications eussent pu se produire comme par exemple l'attribution au père de l'usufruit légal sur des biens dont la mère aurait eu l'administration, au cas où, le divorce ayant été prononcé au profit du père, la mère aurait conservé la garde de l'enfant.

Les mêmes raisons ne se retrouvent pas en ce qui concerne les déchéances prononcées pour interdiction, dation du conseil judiciaire... etc., elles ont lieu de plein droit (al. 9) et la mère devient également de droit administratrice, aux lieu et place du père avec les mêmes pouvoirs que lui (al. 2).

Une seconde catégorie comprend sous le terme général de « causes graves » tous les faits qui peuvent compromettre l'intérêt de l'enfant, le pouvoir du magistrat et son rôle sont alors singulièrement plus importants. Il a pour mission, non pas de prononcer une peine contre le père, mais de prendre une mesure de conservation des biens de l'incapable. Les faits qui doivent éclairer son jugement, doivent être, non pas les manquements du père administrateur aux prescriptions de la loi, si ces manquements ne doivent cau-

ser aucun préjudice à l'enfant, mais bien au contraire les dommages immédiats ou éventuels qui peuvent résulter de ses omissions ou de ses fautes.

C'est dans cet ordre d'idées que le juge est en mesure de trouver une sanction indirecte à l'obligation de faire emploi des capitaux, obligation faite en termes impératifs au père par la loi de 1910, mais sans que le législateur ait expressément prévu de sanction pour la non observation de cette prescription. Les tiers, pas plus depuis la loi de 1910 qu'auparavant, ne sauraient être rendus responsables du remploi, mais le rapporteur de la loi a formellement reconnu à la Chambre « que l'oubli prolongé de l'obligation d'emploi ou de conversion, la négligence voulue de son accomplissement, et le plus ou moins d'importance des conséquences pouvant en résulter, seraient de nature, suivant les circonstances, à constituer les causes graves ». Large pouvoir d'appréciation laissé au magistrat, dans la limite toutefois où le défaut d'emploi aura le caractère dommageable et où ce caractère dommageable sera de nature à établir suffisamment l'incapacité notoire de l'administrateur ou son infidélité.

Cessation de la déchéance

Les causes de déchéance venant à cesser, l'administration légale doit revenir au père ; la loi n'a pas statué, mais la logique conduit à cette solution.

Faudra-t-il une nouvelle intervention du magistrat pour restituer au père l'administration légale ou cette restitution s'opérera-t-elle de plein droit ?

Une distinction s'impose :

Si la dévolution de l'administration légale a été faite à la mère, et même s'il y a eu lieu à nomination par le juge d'un administrateur *ad hoc*, à la suite d'interdiction, dation de conseil judiciaire... etc., c'est-à-dire, à la suite de la constatation d'une situation que le législateur a énumérée comme entraînant de plein droit la déchéance, la décision qui a réglé la dévolution de l'administration légale n'est intervenue qu'en vue de cette situation spéciale, cette situation n'existant plus, par suite de la guérison, du retour, etc., la décision qu'elle motivait cesse de plein droit de produire son effet.

Mais si, au contraire, la déchéance a été prononcée pour « causes graves », il faudra, de toute nécessité, que le tribunal soit appelé à nouveau à examiner les motifs qui ont servi de base à sa première décision, et à dire si les circonstances se sont suffisamment modifiées pour lui permettre de rapporter sa sentence, sans compromettre les intérêts de l'enfant.

§ 3. — *Nomination d'un administrateur ad hoc*

« S'il y a opposition d'intérêts entre l'administrateur et le mineur, dit la loi de 1910, il est nommé à ce dernier un administrateur *ad hoc* par le tribunal statuant en la Chambre du Conseil, le Ministère Public entendu ».

Et l'administrateur *ad hoc*, qui supplée l'administrateur légal, doit être considéré comme un administrateur légal, avec les mêmes pouvoirs et les mêmes obligations (1).

(1) Trib. civ. de Dijon, 1^{re} Ch., 11 déc. 1910, Rec. Dijon, 1912.98.

Dans le silence de la loi sur la personne qui pourra provoquer la nomination de l'administrateur *ad hoc*, il faut conclure que cette nomination devra être poursuivie, le cas échéant, par le père lui-même ou à son défaut, par le Ministère public.

Les circonstances sont nombreuses où aura lieu de s'exercer cette forme spéciale de protection tutélaire du magistrat.

Il est des actes, notamment comme la prise à bail des biens du mineur, que l'article 450 du Code Civil autorise le tuteur à accomplir avec l'autorisation du Conseil de famille et l'intervention du subrogé-tuteur ; dans le cas de l'administration légale, de tels actes sont donc de la nature de ceux que l'administrateur peut faire seul, mais le subrogé-tuteur fait défaut et on serait amené à conclure que le père peut se louer à lui-même un bien qu'il administre. Or, en ce faisant, il entre en conflit d'intérêt avec le mineur, et il y a lieu de nommer à ce dernier l'administrateur *ad hoc* prévu par la loi, cette nomination se fera à la requête du père lui-même ou du ministère public.

Mais ce n'est pas seulement, à raison de la nature d'un acte à accomplir, que se manifeste la nécessité de recourir à ce protecteur spécial qu'est l'administrateur *ad hoc*.

On a vu, qu'à la suite des déchéances multiples, dont la loi a fourni l'énumération, et de celles qu'elle a laissées à l'appréciation du magistrat, sous le terme général de causes graves, l'administration légale passe, en principe, de droit, à la mère, qui l'exerce aux lieu et place du père, avec les mêmes pouvoirs que lui et sans avoir naturellement besoin de l'autorisation maritale.

Or, il peut arriver que la mère, à la déchéance du père, soit suspecte aux yeux du magistrat, ce cas pourra se produire notamment si la tutelle du père interdit a été confiée à un tuteur et non à la mère. La suspicion qui a fait écarter la mère de la tutelle de son mari, suffira-t-elle à la faire écarter de l'administration légale des biens de ses enfants et ces fonctions seront-elles attribuées au tuteur du père ? Dans une semblable situation reparaît la vieille controverse sur le point de savoir si l'administration légale est de la nature de la tutelle ou si elle est un attribut de la puissance paternelle : si, en effet, l'administration légale est une tutelle, il sera tout naturel de la confier au tuteur du père, si, au contraire, elle est un attribut de la puissance paternelle, il faudra que le magistrat soit en mesure d'apprécier si les motifs qui ont fait exclure la mère de la tutelle de son mari sont de nature à constituer les « causes graves » pouvant motiver sa déchéance et la nomination d'un administrateur *ad hoc* qui sera d'ailleurs naturellement le tuteur du père.

Il semble qu'à certains points de vue, et, sans qu'il se soit expressément prononcé sur la question, le législateur ait rapproché l'administration légale de la tutelle (ce rapprochement est notable en matière de ventes d'immeubles), et que, par conséquent, l'administration légale devrait être retirée à la mère et confiée au tuteur du père. Quoiqu'il soit, même si on se refuse à voir dans l'administration légale une tutelle, il reste au magistrat la ressource, le cas échéant, de trouver dans l'exclusion de la femme de la tutelle de son mari, une « cause grave » permettant sa dé-

chéance et la nomination d'un administrateur *ad hoc* (1).

Enfin il peut être également nécessaire de nommer un administrateur *ad hoc* dans les cas prévus par la loi où un donateur ou un testateur aura fait au mineur un don ou un legs en stipulant que le bien donné ou légué serait administré par un tiers (2).

Si le donateur ou le testateur a désigné le tiers, et si ce tiers vient à décéder ou à être privé pour une raison quelconque de l'administration qui lui a été confiée, c'est au magistrat qu'il appartiendra de décider si l'administration doit revenir au père ou s'il y a lieu de nommer un autre administrateur. Sa décision sera guidée par les circonstances : si, en effet, le donateur ou testateur a eu pour but spécialement, par la disposition prise, de priver le père de l'administration, il y aura lieu, semble-t-il, de nommer un autre administrateur ; mais si, au contraire, l'administration du bien donné ou légué n'avait été confiée au tiers que pour des considérations étrangères au père, la disparition de ce tiers devra naturellement faire rentrer le bien en question dans l'administration légale de celui-ci.

(1) L'al. 4 qualifié à tort d'administrateur *ad hoc* cet administrateur qui est un administrateur général.

Cet administrateur aura les mêmes pouvoirs que le père et la mère, sauf au tribunal à lui imposer telles garanties qu'il jugera nécessaire. Colin et Capitant, t. I, p. 536.

(2) L'art. 389, a consacré sur ce point encore les solutions antérieures de la jurisprudence. Nîmes, 15 avril 1907, D. P. 1908.2.351, S. 1908.2.66. — Colin et Capitant, t. I, p. 536.

En l'absence d'une disposition de la loi sur les pouvoirs de cet administrateur MM. Colin et Capitant (*loc. cit.*) estiment qu'il ne pourra accomplir seul que les actes d'administration et devra demander l'autorisation au tribunal pour tout acte de disposition.

Il y a là, en tous cas, un large pouvoir d'appréciation laissé au juge, interprète souverain de la volonté du donateur ou du testateur.

Une application plus simple de la loi se réalise lorsqu'un donateur ou un testateur donne ou lègue un bien en excluant le père de l'administration de ce bien, sans désigner l'administrateur de son choix. Il est évident, dans ce cas, que la déchéance infligée au père est de l'essence même de la disposition et qu'alors le tribunal devra opérer la dévolution à la mère ou à un administrateur *ad hoc* et remplacer ceux-ci par d'autres, le cas échéant, afin de respecter la volonté du donateur ou du testateur qui a manifestement été d'exclure à tout jamais le père pour des raisons personnelles.

Tel est le système juridique admis aujourd'hui pour la protection des biens du mineur soumis à l'administration légale.

Il semble qu'il y ait là une combinaison satisfaisante des deux idées, qui doivent présider à l'organisation d'un régime judiciaire de défense des incapables : d'une part, la confiance accordée au père, alors surtout que le ménage est encore en fonctions et que la mère est là pour compléter ce qui pourrait accidentellement faire défaut au père, confiance qui se manifeste à l'égard de tous les actes d'administration courants et même à l'égard de certains actes qui débordent l'administration courante ; d'autre part, contrôle de l'autorité judiciaire pour tous les actes vraiment graves qui pourraient compromettre le patrimoine tout entier.

Sans doute, si le père est entièrement à la hauteur de sa fonction, ces garanties prises contre lui, qu'il sera appelé à considérer comme des suspicions illégitimes à son égard, seront superflues, mais le père, même le plus judicieux et le plus clairvoyant, les acceptera joyeusement et cordialement, en se disant qu'il était impossible qu'il ne fut pas solidaire de ces autres pères qui, à côté de lui, ne méritent pas la même confiance et que les précautions superflues qu'on prend vis-à-vis de lui ne sont que l'inévitable rançon des précautions utiles qu'on prend vis-à-vis des autres.

CHAPITRE IV

L'enfant naturel

Alors qu'il avait multiplié à l'égard de l'enfant légitime les dispositions protectrices, le Code Civil avait dédaigné presque complètement l'enfant naturel. Cependant, si, dans la famille légitime, l'intervention de la puissance publique peut apparaître avec un certain caractère vexatoire, puisqu'elle viole le secret de l'intimité familiale et qu'elle méconnaît un des sentiments parmi les plus nobles que l'on soit en droit d'y supposer : le désintéressement ; toute autre est la situation quand il s'agit de l'enfant naturel.

L'enfant légitime a une famille, l'enfant naturel n'en a pas.

En droit, ses relations familiales se bornent, lorsqu'il a été reconnu par l'un ou par l'autre de ses parents, ou par les deux, à un lien de parenté avec ceux-ci, mais là s'arrêtent les rapports juridiques qui le rattachent à sa famille pour laquelle il est, et reste, un étranger.

En fait, sa venue au monde, subie avec effroi lorsqu'elle n'a pu être évitée, n'a souvent été qu'une cause de rupture des fragiles relations qui unissaient ses parents et n'a ouvert devant lui qu'une route semée de rancunes et de haines. En général, les autres membres de la famille à laquelle le

ratlacent les liens du sang lui font payer, de leur mépris la honte et le déshonneur de sa naissance, et il ne saurait attendre d'eux aucun sentiment d'affection capable de suppléer le lien légal que la loi lui refuse.

Sans doute cette douloureuse situation souffre-t-elle des exceptions, il n'en est pas moins vrai que les raisons qui avaient fait accorder aux parents légitimes des attributs de puissance paternelle tels que la jouissance et l'administration légales, récompense et conséquence des soins prodigués en commun, au nom de l'amour paternel et de l'amour maternel combinés, perdent singulièrement de leur valeur, quand il est question de l'enfant naturel.

Et, quand il s'agit de la constitution de la tutelle, on se heurte, si on veut opérer suivant les règles posées pour la tutelle des enfants légitimes, à la difficulté de fait qui résulte de l'absence de famille, difficulté qu'on ne peut surmonter qu'en constituant un Conseil d'amis ou d'étrangers indifférents.

Cependant, pendant plus d'un siècle, jusqu'au vote de la loi du 2 juillet 1907, la doctrine et la jurisprudence ont été réduites à appliquer, par voie d'analogie, les dispositions relatives aux enfants légitimes, dans la mesure, bien entendu où ces dispositions étaient compatibles avec l'état de fait que constitue la filiation actuelle.

I

ETAT ANTÉRIEUR A LA LOI DU 2 JUILLET 1907

On était d'accord pour reconnaître aux parents naturels la puissance paternelle, lorsqu'ils avaient reconnu l'enfant (1). Mais on leur refusait, par contre, le droit de jouissance et d'administration légales, qui en sont les attributs. Or, si, dans la plupart des cas l'enfant naturel est sans fortune (et c'est peut-être ce qui explique, en partie, le silence du code), il peut arriver et il arrive en fait qu'il reçoive des biens, dont l'importance soit même hors de proportion avec la situation du ou des parents auxquels le rattache le lien légal de la reconnaissance.

Il fallait, de toute nécessité, administrer ce patrimoine.

Tout le monde était encore d'accord pour convenir qu'il était nécessaire d'organiser la tutelle, puisque la loi ne reconnaissait pas au parent naturel le droit d'administration légale, mais des divergences surgissaient, quant à l'époque à partir de laquelle il fallait organiser cette tutelle, et quant à la personne à laquelle seraient dévolues les fonctions de tuteur.

S'en remettre aux magistrats, apparaissait à beaucoup d'au-

(1) On se fondait sur l'art. 383, C. civ. qui, par un renvoi aux articles précédents confiait aux parents naturels un des attributs les plus graves de la puissance paternelle: le droit de correction mais la rédaction de ce même article qui procède par voie de renvoi aux articles précédents, faisait refuser aux parents naturels le droit d'administration et de jouissance légales dont il n'est question que dans les articles suivants (384, 389).

teurs comme la solution la plus conforme aux intérêts de l'enfant.

En stricte logique on eût dû évidemment décider que la tutelle devait être organisée dès le jour de la naissance, mais les juges, mis en présence des difficultés de la pratique et devant l'inutilité et l'impossibilité de mettre en mouvement toute la machine tutélaire pour tous les enfants naturels sans distinction, avaient conclu à n'organiser la tutelle que lorsque l'enfant avait des biens. On avait décidé qu'elle serait organisée par les soins des parents, des divers intéressés, ou du juge de paix lui-même, au jour ou soit l'intérêt de l'enfant, soit celui des tiers l'exigerait (1).

Quant à la personne qu'il convenait d'investir de la puissance tutélaire, si certains l'admettaient au profit du parent qui avait reconnu l'enfant et au profit du père en cas de reconnaissance simultanée, d'autres soutenaient déjà, par argument *a contrario* de l'article 302, que les tribunaux avaient un pouvoir discrétionnaire pour attribuer, à l'un ou à l'autre des deux auteurs, l'exercice de la puissance paternelle (2). C'est cette solution qui se retrouve dans la loi du 2 juillet 1907. Elle avait l'avantage d'introduire, de très ingénieuse façon, le contrôle du magistrat dans l'attribution de la puissance paternelle et indirectement dans celle de la tutelle, pourtant, ce n'est pas celle qu'avait cru devoir adopter la jurisprudence, et, la Cour de Cassation avait considéré comme plus conforme aux intérêts du mineur de s'en remettre au conseil de famille du soin de désigner

(1) Cass., 10 nov. 1896. Voyez Commentaires des lois nouvelles, 1907.

(2) Douai, 6 fév. 1899, D. P. 1900.2.175.

le tuteur, fût-ce le père ou la mère, ou une autre personne désignés par eux (1). Solution contestable, quand on songe au peu de garanties qu'offre pour le mineur le conseil d'étrangers, que la loi permettait seulement alors de constituer (2). Il est vrai que ce conseil, certains auteurs profitant de l'impossibilité de fait de suivre les règles du Code Civil, proposaient d'en confier la composition au tribunal. Était-ce une garantie plus grande que d'en laisser l'initiative au juge de paix ? Il ne le semble pas et d'ailleurs, cette opinion n'était pas suivie dans la pratique et on se conformait aux règles édictées pour les enfants légitimes.

C'est le juge de paix qui procédait à l'opération et qui appelait à faire partie du conseil de famille les personnes qui avaient entretenu avec les auteurs de l'enfant des relations d'amitié.

Quoi qu'il en soit, c'était donc à la tutelle dative et à celle-là seulement, que la jurisprudence s'était ralliée.

En fait, c'était en général au parent investi de la puissance paternelle que la tutelle était dévolue; ce n'était, il est vrai, que sous le contrôle du conseil de famille, mais de quel conseil de famille en vérité ! Était-il logique même d'imposer à ce parent, le seul ami peut-être que cet enfant eût au monde, l'humiliation de ce détour inutile ? Pourquoi ne pas l'investir directement de sa fonction, quitte à le soumettre plus tard, s'il était indigne ou incapable à la peine de la destitution, commune à tous les tuteurs.

(1) Cass., 16 nov. 1898, D. P. 99.1.131.

(2) Voy. Colin et Capitant, t. I, p. 640.

II

LA LOI DU 2 JUILLET 1907

Tel était l'état de la doctrine et de la jurisprudence relativement aux enfants naturels, encore n'est-il question, dans ce qui précède, que des enfants auxquels un bien légal de reconnaissance assurait, au moins vis-à-vis d'un de leurs auteurs, une relation juridique. Pour tous ceux dont les parents naturels étaient restés complètement étrangers, la difficulté de trouver un tuteur était encore accrue, à cette époque, par la prohibition de désigner une femme comme tutrice ; or, il arrivait souvent que la seule personne qui portât quelque intérêt à l'enfant fût une femme aux soins de laquelle il avait été confié dès son bas âge. En fait, le mineur non reconnu ne connaissant d'autre protection que les mesures administratives prévues par les lois protectrices des enfants maltraités et moralement abandonnés, applicables d'ailleurs aussi bien aux enfants légitimes ; en dehors de ces cas spéciaux, aucune tutelle n'était presque jamais organisée en leur faveur.

Une réforme était nécessaire pour mettre fin à toutes ces incertitudes, aussi bien dans l'intérêt des enfants naturels que dans celui des tiers. Ce fut l'œuvre de la loi du 2 juillet 1907.

Dans l'état d'instabilité et de suspicion dont est entachée l'union de fait qui assemble les auteurs de l'enfant, en l'absence d'une famille à laquelle il fut possible de s'en

remettre pour exercer une surveillance profitable à ses intérêts, il était tout naturel de s'adresser à la puissance publique : à la justice. C'est ce qu'a fait la loi nouvelle et, à ce point de vue, on ne saurait qu'approuver ses dispositions.

En ce qui concerne la sauvegarde des intérêts de l'enfant, aucun doute que la sollicitude de la loi ne doive se manifester sans réserve et que celle-ci ne doive mettre en œuvre tous les moyens dont elle dispose, pour corriger et réparer dans la mesure du possible, la faute des parents.

Mais là ne s'est pas arrêté le législateur de 1907, dans un désir moins justifiable d'assimiler l'union de fait des auteurs de l'enfant au mariage légitime, il a profité de l'occasion pour faire à ceux-ci un cadeau qui ne justifie nullement leur situation ; il leur a accordé la jouissance légale (1), et on peut même se demander si le but inavoué de la loi n'a pas été autant de contribuer à élever le concubinat à la hauteur de l'union libre que d'assurer aux intérêts seuls de l'enfant la légitime protection que commande l'humanité.

La loi nouvelle avait à régler la dévolution de la puissance paternelle et de ses attributs et celle de la tutelle, au sujet desquelles nous avons vu les nombreuses divergences qui s'étaient produites.

§ 1^{er}. — *Puissance paternelle et jouissance légale*

Quel que soit le respect de commande que le législateur ait tenu à témoigner à l'union libre, il a hésité à attribuer

(1) En ce sens, Colin et Capitant, t. I, p. 543.

la puissance paternelle, d'une façon définitive, à des parents que leur situation est loin de mettre à l'abri de tout soupçon: il voulait leur faire présent de la jouissance légale, mais rien ne lui garantissait que la reconnaissance de l'enfant n'allait pas avoir pour unique motif l'appât de cette jouissance; il fallait, de toute nécessité, un contrôle, une autorité qui pût déjouer un semblable calcul. Aussi, après avoir décidé que « la puissance paternelle sur les enfants naturels est exercée par celui de leur père et mère qui les aura reconnus le premier » et que « en cas de reconnaissance simultanée par le père et la mère, le père seul exerce la puissance paternelle », l'article 1 de la loi s'empresse d'ajouter (al. 2) :

« Le tribunal peut toutefois, si l'intérêt de l'enfant l'exige, confier la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi ».

Voilà donc le magistrat chargé d'un premier rôle, celui d'attribuer à tel ou tel des deux parents l'exercice de la puissance paternelle. Sans doute le vœu de la loi est-il que l'on se conforme à l'ordre de préférence qu'elle a indiqué et que le tribunal en dérange cet ordre qu'en cas de nécessité impérieuse pour l'intérêt de l'enfant, il n'en est pas moins vrai qu'il en résulte pour les juges un pouvoir discrétionnaire.

Il faut voir là, la manifestation d'une tendance de la législation moderne à laisser au magistrat, dans l'exercice de sa juridiction, un pouvoir de plus en plus étendu pour modifier, suivant les circonstances des espèces portées devant son tribunal les exigences impératives de la loi. Le légis-

lateur du début du siècle dernier, qui avait encore présents à la mémoire les empiétements de toute nature dont s'étaient rendus coupables les parlements de l'ancien régime, avait cherché à prévoir et à régler toutes les situations, et à ne laisser aux juges que le soin d'appliquer à chaque espèce les dispositions de la loi positive. Cette tendance nouvelle vers un élargissement des pouvoirs du magistrat est d'ordre général, elle se manifeste d'une façon particulièrement sensible en droit pénal où le principe d'individualisation de la peine est aujourd'hui communément proclamé et où l'on tend, de plus en plus, à affranchir le juge de la mission, par trop automatique, de distributeur de sentences, pour lui confier le soin de doser, avec un large écart d'appréciation permise, le châtiment qu'il croit propre à punir le crime ou le délit soumis à son jugement (1).

On a bien fait remarquer, en l'espèce actuelle, que ce pouvoir laissé au tribunal risque d'introduire l'instabilité, dans une matière où la loi elle-même avait cherché à maintenir au contraire la continuité, en décidant que le premier parent qui aurait reconnu l'enfant conserverait la puissance paternelle nonobstant une reconnaissance ultérieure de la part de l'autre : L'autorité paternelle, a-t-on dit, va pouvoir être chaque jour contestée devant les magistrats et, comme il s'y attache désormais des avantages pécuniaires, les tribunaux seront peut-être trop souvent saisis de pareils litiges, au préjudice de l'harmonie entre les parents et contrairement à l'intérêt supérieur de l'enfant.

(1) Voy. Etudes économiques et sociales, t. XIII. Les Méthodes juridiques, allocution de M. Gargon.

Est-ce là une raison suffisante pour souhaiter une restriction au pouvoir discrétionnaire du juge ? Le mineur n'a qu'à gagner à son intervention, dont la menace ne peut que stimuler le zèle de celui qui détient la puissance paternelle et qui craindra de se la voir ravir dès la moindre faute. Et puis, est-il opportun de trop parler de stabilité, quand il s'agit d'une union que les parents maintiennent volontairement instable, en refusant de se soumettre, au lien, pourtant bien fragile aujourd'hui, de la société conjugale soumise à la possibilité du divorce ?

Si une modification est souhaitable, c'est celle qui, supprimant la jouissance légale au profit des parents naturels (le principe en est bien contesté dans le cas de la parenté légitime), ferait évanouir, du même coup, les compétitions de toute sorte, qu'elle est de nature à susciter, par l'appât d'un gain à tous points de vue immérité.

On a fait un autre reproche, plus grave semble-t-il, à la rédaction de la loi, c'est d'avoir omis de se prononcer sur le point de savoir si les magistrats devraient prononcer le retrait total de la puissance paternelle ou s'ils pourraient n'en déplacer que certains des attributs.

Avant la loi du 24 juillet 1889, on sait que la jurisprudence s'était cru autorisée à diviser la puissance paternelle et à ne retirer, à celui qui se montre indigne, que ceux de ses attributs qu'il semblait dangereux de lui maintenir. On connaît les difficultés qui surgirent, après le vote de cette loi, sur la possibilité pour les magistrats d'ordonner des déchéances partielles. Or, il semble que le législateur de 1907 se soit, lui aussi, prononcé pour le retrait total de la puissance paternelle.

De ce côté, on peut, à bon droit, trouver que la loi n'a pas confié au juge un pouvoir assez souple, et, qu'en ce sens, elle est peu en harmonie avec la tendance moderne vers l'individualisation des sentences. Si la jurisprudence ne parvenait pas à faire fléchir le principe, il y aurait là plutôt un recul qu'un progrès de l'intervention de la justice dans la protection des intérêts de l'enfant.

§ 2. — *Tutelle*

L'administration légale n'a pas été attribuée au parent naturel, il n'a pas paru prudent au législateur de lui donner les larges pouvoirs qu'on reconnaissait alors au père administrateur légal.

On sait quelle importance la loi attache, à juste titre, à la présence simultanée auprès de l'enfant du père et de la mère légitimes. C'est à cause du contrôle de la mère, qu'elle abandonne une partie des mesures protectrices de la tutelle dans la gestion du patrimoine de l'enfant légitime, durant le mariage. Dans le cas de l'enfant naturel, rien de semblable : la reconnaissance, souvent unique, ne permet pas, en général, de compter sur ce double contrôle et, lorsqu'elle émane des deux parents, on a vu avec quelle méfiance le législateur regardait, au point de vue de la sauvegarde des intérêts de l'enfant, l'union extra-conjugale à laquelle il a pourtant un si grand souci de manifester par ailleurs sa sympathie bienveillante.

Sans doute, le parent investi de la puissance paternelle, conformément à l'article 1, aura-t-il la gestion de la fortune de l'enfant, mais ce sera à titre de tuteur et non d'admi-

nistrateur légal, et même, la jouissance légale, que lui accorde la loi, ne commencera que lorsqu'il aura fait nommer un subrogé-tuteur, à moins qu'il ne l'ait fait dans les trois mois de son entrée en fonction. Il y a là un ingénieux moyen d'obliger le père naturel à organiser la tutelle (1).

Rôle du tribunal. — On a vu à quelles conséquences conduisait l'application des règles établies pour les enfants légitimes, quand il s'agissait de constituer ce que l'on appelait, bien à tort, le conseil de famille, puisque le mineur enfant naturel n'a pas de famille.

Si tant est, qu'on puisse qualifier de lutte l'intervention vait plus, dans le cas actuel, puisque la famille faisait défaut ; l'autorité judiciaire était tout naturellement désignée pour la suppléer dans sa mission protectrice.

Le juge de paix, à raison de ses fonctions habituelles, pourrait sembler, au premier examen, le plus apte à remplir cette mission, mais, d'une part, il est juge unique et ne saurait, à ce titre remplacer une collectivité du genre du conseil de famille, d'autre part, la loi ne place à côté de lui aucun représentant du Ministère Public, défenseur

(1) Ce système, qui fait de la tutelle, c'est-à-dire de la mission d'administrer le patrimoine de l'enfant, une conséquence forcée de la puissance paternelle a soulevé de justes critiques de la doctrine, les qualités spéciales d'un bon administrateur ne devant pas nécessairement se rencontrer chez celui des parents dont la reconnaissance a eu, en fait, la priorité. Le tribunal ne peut transférer la tutelle qu'en transférant la puissance paternelle, mesure grave devant laquelle il reculera souvent et qui irait d'ailleurs peut-être, à l'encontre des intérêts de l'enfant, un mauvais administrateur pouvant être un bon éducateur. En ce sens, Colin et Capitant, t. I, p. 511.

légal et naturel des incapables, éminemment préparé à éclairer et à renseigner la juridiction qu'il assiste sur tous les intérêts qu'il a charge de défendre. Ces raisons devaient faire attribuer au tribunal de première instance, statuant en chambre du Conseil, la mission de protéger les enfants naturels et d'organiser leur tutelle (1). C'est ce que décide l'article 3 al. 2 :

« Les fonctions dévolues au Conseil de famille des enfants légitimes sont remplies, à l'égard des enfants naturels, par le tribunal de première instance du lieu du domicile légal du parent investi de la puissance paternelle, au moment où il a reconnu l'enfant, et du tribunal du lieu de la résidence de l'enfant, s'il n'est pas reconnu ; le tribunal statue en la Chambre du Conseil après avoir entendu ou appelé le père et la mère de l'enfant s'il a été reconnu, soit à la requête du Ministère Public, soit d'office sur toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de la tutelle ».

Ainsi, voilà d'un seul coup tranchée la question de la tutelle des enfants naturels, aussi bien des enfants non reconnus que de ceux que rattachent à leurs parents les biens de la reconnaissance. Le magistrat reçoit une triple mission : organiser la tutelle en nommant un tuteur et un subrogé tuteur si le mineur est sans tuteur légal ni testamentaire, ou un subrogé tuteur seulement, dans le cas où l'enfant a un tuteur légal ; délibérer sur tous les actes du tuteur que la loi soumet, dans la tutelle des enfants légitimes, à l'auto-

(1) Documents parlementaires. Sénat, 1901, Annexe 429, p. 130.

risation du conseil de famille avec ou sans homologation ; statuer enfin sur toutes les difficultés qui peuvent naître à l'occasion de l'organisation et de la surveillance de la tutelle.

Relativement à la nomination du tuteur des enfants naturels non reconnus, la loi autorisait la Chambre du Conseil à choisir une femme, or, à l'époque où fût votée cette disposition, les femmes étaient exclues de la tutelle ; cette exclusion a disparu pour toutes les tutelles en général, depuis la loi du 20 mars 1917. L'exception admise en 1907 en faveur des enfants naturels correspondait à un besoin de la pratique : dans la majorité des cas l'enfant était confié aux soins d'une femme, qui était souvent la seule personne qui lui portât quelque intérêt, et le contrôle du magistrat avait paru une garantie suffisante pour lever, dans ce cas exceptionnel, l'interdiction faite aux femmes d'exercer les fonctions de tuteur.

Lorsqu'il délibère en faisant fonction de conseil de famille, le tribunal fait, en général acte de juridiction gracieuse ; la Chambre du Conseil n'est pas liée par les appréciations qu'elle donne, pas plus que le conseil de famille qu'elle remplace, et elle conserve le droit de revenir sur sa décision, si l'intérêt du mineur paraît l'exiger.

On ne saurait, bien entendu, soumettre la délibération de la Chambre du Conseil à l'homologation : on ne conçoit pas le tribunal homologuant sa propre décision, mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit appelé à statuer au contentieux, sur un recours formé contre cette décision, rendue à titre gracieux. Les décisions des conseils de famille sont sujettes à

recours, toutes les fois que l'intérêt paraît l'exiger et le but de la loi n'a pu être de diminuer la sauvegarde de ces intérêts qu'elle a voulu au contraire renforcer (1).

Quelles que soient les réserves qui doivent être faites sur le principe d'assimilation de la famille naturelle à la famille légitime (dont la loi de 1907 est une des nombreuses consécutions de la législation moderne), en ce qui concerne les avantages injustifiables accordés aux parents, il n'en faut pas moins reconnaître la générosité de l'idée d'assurer la protection de l'enfant naturel, victime innocente de la faute de ses père et mère, et le progrès considérable qu'elle a réalisée en mettant la magistrature à la place laissée vide par la famille inexistante.

Des critiques ont été présentées contre l'attribution au tribunal d'une semblable mission : lors du vote du texte

(1) Au surplus, nous signalons qu'il peut être malaisé de distinguer la décision gracieuse de la décision contentieuse, ainsi, un arrêt de la Ch. des Requêtes du 3 mai 1909, S. 10.1.257, admet le caractère contentieux de la juridiction dans une demande de destitution de tutelle et de cotutelle formée contre la mère d'un enfant naturel et le mari de cette dernière, par le seul fait que la mère et le cotuteur ont été entendus dans leurs explications.

Et on admet également la voie de l'appel contre les jugements rendus dans de telles conditions (Paris, 10 juillet 1908, D. P. 1912.1.105).

Relativement à la procédure en Chambre du Conseil, on sait que la nomination d'un juge rapporteur est d'un usage courant, cependant, la Cour de cassation, dans son arrêt précité décide que l'absence de nomination du juge rapporteur ne sera pas une cause de nullité. Cette disposition doit, de toute nécessité être limitée aux seuls cas où le tribunal statue à titre contentieux, car lorsqu'il siège à titre gracieux la présence du juge rapporteur apparaît, en l'absence de contradictoire, comme une sauvegarde indispensable destinée précisément à rechercher et à opposer les motifs de contradiction qui peuvent se présenter. Il est vrai que le contrôle du Ministère Public assure déjà une certaine protection aux intérêts de l'incapable, mais cette protection est évidemment moins efficace que celle d'un juge spécialement désigné pour chaque affaire.

de la loi au Sénat, en 1902 (17 juin), la Société d'Etudes législatives protestait contre le rôle que l'on voulait faire jouer au magistrat en cette matière. Le tribunal, disait-on, n'est pas fait pour agir, mais pour statuer, et sa surveillance sera inefficace. On avait envisagé alors la création d'un conseil des tutelles des enfants naturels, établi dans chaque arrondissement, comprenant un président et dix membres désignés tous les ans par le tribunal civil de l'arrondissement.

Que le tribunal ne soit fait que pour statuer, c'est là une affirmation inexacte car, après tout, lorsqu'il délibère sur une initiative du tuteur de l'enfant naturel, il ne fait guère autre chose que lorsqu'il homologue une délibération d'un conseil de famille. C'est au tuteur qu'appartient l'initiative tutélaire, le tribunal n'exerce qu'un contrôle, il l'exerce sur une échelle plus étendue qu'en matière de tutelle des enfants légitimes, mais, dans un cas comme dans l'autre, son rôle se borne à approuver ou à réprouver les mesures que propose le tuteur, en y apportant, bien entendu, les modifications que commande l'intérêt du mineur. Or, on a vu, qu'en matière d'homologation, la question était controversée de savoir s'il pouvait modifier une décision du Conseil de famille, mais, qu'en tous cas, pour ceux qui n'admettraient pas que pareille mesure fût possible, il avait toujours un moyen de faire adopter sa manière de voir par des rejets successifs de la requête qui lui était présentée.

Quant au reproche plus sérieux, qui lui dénie l'activité de surveillance, il n'est pas spécial à la matière des enfants naturels. Il faut observer que, d'une manière générale, la

bienfaisance de l'intervention du pouvoir judiciaire dans la protection des biens des incapables consiste plutôt à arrêter des actes aventureux et fâcheusement audacieux, qu'à prendre l'initiative d'actes utiles.

Ce défaut de la machine judiciaire est particulièrement sensible en ce qui concerne l'organisation de la tutelle ; nous l'avons déjà signalé à propos des enfants légitimes, et nous avons conclu à l'utilité de la mise en jeu d'autorités locales, chargées de provoquer, chez les juges de paix, la convocation des conseils de famille ; la question prend un relief tout particulier en ce qui touche les enfants naturels, pour le double motif de l'absence de famille et de la compétence territoriale relativement étendue du tribunal de première instance. Il semble qu'il existe, dans les communes, assez d'autorités constituées, pour qu'il soit facile de créer un organe ayant un rôle actif, auprès des juges de paix pour les enfants légitimes et auprès du tribunal pour les enfants naturels, et pour assurer la mise en tutelle régulière des uns et des autres.

Ce qui manque, à vrai dire, à la protection des intérêts de l'enfant naturel, c'est la présence de la famille, non pas que, pour l'enfant légitime, cette famille exerce toujours et en toute circonstance la noble mission qui lui revient, au nom de la nature, avec tout le désintéressement que l'on serait en droit d'attendre d'elle : les multiples précautions, que l'expérience des siècles nous a transmises, sont autant de preuves des innombrables infractions au devoir sacré de solidarité familiale ; mais il n'en est pas moins vrai que jamais le pouvoir judiciaire ne saura suppléer d'une façon

complètement satisfaisante la part d'affection que, dans la grande majorité des cas, on rencontre heureusement dans les réunions de parents.

A cela la loi ne peut apporter aucun remède : elle a compensé le mieux possible le défaut de protection familiale, mais elle ne peut donner ce qui n'existe pas (1).

(1) Ce système encore bien neuf semble jusqu'à présent donner de bons résultats qui conduiront peut être le législateur à l'étendre au moins dans certains cas et avec les modalités convenables à la tutelle des enfants légitimes. — Colin et Capitant, t. I, p. 523.

Certains esprits estiment que la réforme eut présenté plus d'avantages encore, si l'on avait chargé de la mission de haute tutelle sur les enfants naturels un organe spécialisé, tel que le tribunal des Tutelles allemand ou mieux encore un conseil régional qu'il aurait été facile de composer dans chaque canton avec le concours philanthropique de bonnes volontés locales.

Il semble que, pour les enfants assistés, la loi du 27 juin 1904 est, en quelque sorte entrée dans cette voie.

Un rouage de ce genre bien organisé aurait peut être pu rendre de grands services dans la protection des enfants naturels non assistés. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 542.

DEUXIÈME PARTIE

LES ALIÉNÉS ET LES PRODIGES

Parmi les individus majeurs, il en est que leur état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, même lorsque cet état présente des intervalles lucides, met dans l'impossibilité absolue de s'occuper eux-mêmes de leurs intérêts, il en est d'autres qui, sans manifester dans leurs raisonnements l'apparence d'une affection mentale, se livrent à de tels excès de dépense, qu'il est permis de considérer leurs dérèglements d'existence mêmes comme des preuves d'une absence de raison.

La constatation et l'appréciation de ces faits, de nature infiniment variée, relèvent nécessairement des attributions du magistrat auquel la loi s'en remet du soin d'appliquer le remède qu'exigent les circonstances. Elle met à sa disposition des moyens différents, qui correspondent aux divers degrés de danger : ce sont l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire ; le premier ayant pour effet, aux termes de l'article 509, une assimilation complète au mineur, pour la personne et pour les biens, le second, laissant à l'individu une demi capacité, sous réserve, dans certains cas de l'assistance d'un tiers, dont la nomination appartient au juge.

La nomination d'un conseil judiciaire est, en principe, spéciale aux cas de faiblesse d'esprit et de prodigalité, mais, comme dans la pratique, il existe une infinie variété d'états entre la fureur et la simple imbecilité, le Code Civil (art. 499), réserve au magistrat la faculté de se borner à cette mesure moins radicale, lorsqu'elle lui apparaît suffisante à la protection des intérêts de l'incapable, dans le cas où son état, tout en débordant les limites de la simple faiblesse d'esprit, ne justifierait pas, cependant, le recours aux rigoureuses mesures de l'interdiction.

CHAPITRE PREMIER

Aliénés

§ 1^{er}. — *Interdiction*

L'interdiction est une mesure particulièrement grave, qui prive l'individu qu'elle atteint, non seulement de la gestion de ses intérêts, mais le plus souvent aussi, du gouvernement de sa personne ; or, la variété des circonstances et des affections s'oppose à une définition précise des cas où on devra y recourir, et l'énumération de l'art. 489 est suffisamment souple pour laisser au magistrat un pouvoir discrétionnaire, quant au soin de faire rentrer l'espèce soumise à son examen dans l'une des trois catégories d'imbécillité, de démener ou de fureur.

En somme, la mission du juge dans la protection des intérêts de l'incapable (intimement liée d'ailleurs à celle de sa personne) est de décider si, en fait, l'individu qu'on lui demande d'interdire n'a plus une entente suffisante des affaires de la vie civile pour pourvoir au train ordinaire et commun de l'administration d'un patrimoine. Et le magistrat, suivant les espèces portées à sa barre, pourra fort bien juger qu'il y a lieu d'interdire un individu étant d'une telle faiblesse d'esprit qu'il n'ait plus de volonté et qu'il soit le jouet et la victime des brutalités des obsessions des

influences de ceux qui l'entourent (1) ; comme aussi, dans d'autres circonstances, que des attaques d'épilepsie, malgré le caractère de fureur qu'elles présentent, ne sont pas suffisantes à justifier l'interdiction.

Seulement, au point de vue de l'initiative du pouvoir judiciaire, le Code opère une distinction qui s'explique d'elle-même par le souci très légitime de soustraire, autant que possible les familles à une mesure qu'il est de leur devoir et de leur intérêt moral d'éviter : aux termes de l'art. 491, dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le procureur de la République, alors que, dans les cas d'imbécillité ou de démener, elle peut seulement l'être, lorsque l'aliéné n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus.

Actes antérieurs à l'interdiction. — Le jugement d'interdiction produit son effet pour l'avenir, mais la protection des biens de l'incapable serait incomplète, s'il n'était pas permis de soumettre aux magistrats les actes de l'aliéné antérieurement conclus. La loi décide donc que de tels actes sont annulables si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits (art. 503).

Et il appartient aux juges du fond de déclarer, en se fondant sur une appréciation souveraine des faits et des circonstances de la cause, qu'une personne frappée d'interdiction dans un état de faiblesse intellectuelle qui la rendait incapable de s'obliger (2).

(1) Cass., 6 déc. 1831, D. 31.1.368.

(2) Req., 7 nov. 1898, D. R. 98.1.565.

D'ailleurs, par un légitime scrupule en faveur des tiers dont l'intérêt peut être aussi respectable que celui de l'incapable, la jurisprudence fait entrer, dans ses appréciations « souveraines », la prise en considération de la bonne foi avec laquelle ils ont traité avec l'aliéné (1).

Administration provisoire. — Il peut arriver également qu'au cours de la procédure d'interdiction, il soit nécessaire de pourvoir à la gestion du patrimoine de l'aliéné, aussi, après le premier interrogatoire, c'est-à-dire, dès que le président a été à même de se former une opinion personnelle sur l'état de l'individu à interdire, le code permet-il de nommer un administrateur provisoire pour prendre soin de sa personne et de ses biens (art. 497) (2).

C'est le tribunal, et non le président seul jugeant en référé, qui, même en cas d'urgence, doit nommer l'administrateur provisoire ; on admet généralement que cette nomination doit être faite en la Chambre du Conseil, puisque la loi la prévoit comme suite immédiate de l'interrogatoire, le tribunal réuni en la Chambre du Conseil devant, par conséquent, immédiatement et sans désespérer, procéder à cette mesure de protection dans le lieu même où l'interrogatoire a été subi et dans la même forme (3).

(1) Req., 26 fév. 1861, D. 31.1.368.

(2) Colin et Capitant, t. I, p. 586.

(3) La question s'est posée de savoir si, en cas d'urgence on pourrait procéder à la nomination avant l'époque fixée par l'art. 497. On a quelquefois admis qu'en cas d'extrême urgence la Chambre du Conseil pourrait le faire, mais qu'elle devait alors limiter la durée du pouvoir de l'administrateur au temps nécessaire pour provoquer la réunion du conseil de

La loi n'a pas défini les pouvoirs de l'administrateur provisoire, mais son titre et son rôle indiquent suffisamment qu'ils se bornent aux actes d'administration et que, s'il se présentait au cours de sa gestion des actes à accomplir qui excédassent ces limites, il lui faudrait « recourir au tribunal pour obtenir l'autorisation d'y procéder » (1).

Tel est le rôle du magistrat dans la protection des intérêts de l'interdit, en ce qui concerne la période pendant laquelle se déroule l'interrogatoire ; à partir du jugement, l'aliéné est traité comme le mineur et l'intervention du pouvoir judiciaire lui est assurée dans les mêmes formes et dans les mêmes circonstances, l'assimilation étant consacrée par l'art. 509 du Code civil.

§ 2. — *Aliénés non interdits*

Tous les aliénés ne sont pas l'objet d'une demande d'interdiction ; on sait que la loi du 30 juin 1838 a réglé leur internement, soit sur initiative publique, soit sur initiative privée, dans des établissements publics ou privés où doit être soignée leur affection mentale.

Si l'internement a lieu dans un établissement public, la commission administrative de surveillance doit, aux termes

famille et procédé à l'interrogatoire (Ch. du C. de la S., 2 juill. 1845. Bertin, t. I, n° 658).

Mais la jurisprudence la plus récente décide qu'en présence des termes formels de l'art. 497 la nomination de l'administrateur provisoire ne peut avoir lieu qu'après le premier interrogatoire (Paris, 3 mars 1882, S. 82. 2.163, 23 mars 1899, D. P. 1900.2.21, Bruxelles, 18 janv. 1900, D. P. 1901.2.126).

(1) Cass., 6 fév. 1856, D. 56.1.71.

de l'art. 31 de la loi du 30 juin 1838, désigner un de ses membres, pour remplir les fonctions d'administrateur provisoire, et gérer le patrimoine de l'individu intéressé. Mais cette disposition n'est obligatoire, ni pour la commission administrative, ni pour les parents, ni pour le Ministère Public, qui peuvent toujours demander la nomination d'un administrateur provisoire par le tribunal, comme cela doit avoir lieu quand l'internement est fait dans un établissement privé. Cette nomination doit d'ailleurs être précédée d'une délibération du conseil de famille, elle est prononcée en la Chambre du Conseil, sur les conclusions du Ministère Public.

La plus grande latitude est laissée au tribunal sur le choix de cet administrateur provisoire, il est même libre de ne pas pourvoir à sa nomination, si la situation de fortune de la personne internée n'est pas suffisante pour en justifier les frais (1).

Mais le rôle du magistrat ne se borne pas à la nomination de l'administrateur, l'article 34 de la loi décide que, sur la demande des parties intéressées ou sur celle du procureur de la République, le jugement qui nommera l'administrateur provisoire pourra, en même temps, constituer, sur ses biens, une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme, déterminée par ledit jugement, et que le procureur de la République devra, dans le délai de quinzaine, faire inscrire cette hypothèque au bureau de la Conservation.

Voilà donc le tribunal en mesure de garantir les biens

(1) Colin et Capitant, t. I, p. 597.

de l'incapable, dans une juste limite qu'il lui appartiendra de fixer, en considération de la fortune de l'individu interné et de celle de son administrateur, de façon à ménager à l'un un recours éventuel efficace, tout en conservant à l'autre son crédit dans la plus large mesure possible.

Il peut devenir indispensable de procéder à des actes qui excèdent les pouvoirs d'un administrateur ; la loi a prévu le cas où il s'agit de plaider et celui où il s'agit de représenter l'aliéné dans les inventaires, comptes et liquidations dans lesquels il serait intéressé, le tribunal est alors investi de la mission de désigner un mandataire spécial, qui peut d'ailleurs être l'administrateur provisoire lui-même, mais, en dehors de ces deux cas, toutes les fois qu'il s'agira d'emprunter, d'aliéner,... etc., il faudra recourir à l'interdiction. Les discussions qui eurent lieu, lors du vote de la loi du 30 juin 1838 ne laissent pas de doute à ce sujet.

Il est permis de regretter, sans doute, que l'intervention du magistrat ne puisse pas jouer ici le rôle, qu'elle remplit si souvent par ailleurs, et qui aurait pour conséquence heureuse de soustraire l'individu interné à toutes les coûteuses formalités imposées aux mineurs et aux interdits, mais on comprend que le législateur se soit soucié d'éviter qu'une extension trop facile de fonctions, qu'il veut maintenir provisoires, comme l'état auquel elles s'appliquent, ne conduisit à faire fonctionner un régime définitif de quasi-interdiction, auquel manqueraient les garanties que le législateur de 1804 avait considérées comme indispensables à la protection des intérêts de ceux qui sont complètement incapables de s'occuper de leurs affaires, et qui l'avaient conduit à organiser la tutelle pour les aliénés comme pour les mineurs.

CHAPITRE II

Les Prodiges

CONSEIL JUDICIAIRE

On a vu que les magistrats, en rejetant la demande en interdiction pouvaient néanmoins nommer au défendeur un conseil judiciaire, sans l'assistance duquel celui-ci ne pourrait désormais plaider, intransiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ni en donner décharge, aliéner ni grever son bien d'hypothèque (art. 499). Et c'est aux juges qu'appartient exclusivement le droit de choisir le conseil judiciaire et non au conseil de famille.

Une autre catégorie d'individus est soumise par l'art. 513 à la même mesure protectrice, avec énumération des mêmes prohibitions, c'est celle des prodigues.

A la vérité, on peut regretter l'assimilation de ses deux classes d'incapables, qui est de nature à jeter sur la question une confusion fâcheuse : si nous témoignons en effet, sans réserve, notre commisération au pauvre fou ou au malheureux vieillard, exposé sans défense aux convoitises de son entourage, et si nous concevons sa protection comme un devoir social, nous réservons au contraire volontiers notre

mépris pour le prodigue, dont nous envisageons la ruine comme un juste châtiment de la débauche et de l'inconduite et comme une restitution à la société d'un patrimoine tombé en des mains indignes. Et les économistes battent en brèche le principe même de la protection des dissipateurs à laquelle, disent-ils, la société n'a nul intérêt, puisque les richesses qu'ils dilapident trouveront probablement dans d'autres mains un emploi plus conforme au bien public.

Au temps du Code Civil, ce fut également une question fort agitée que celle de savoir si on devait autoriser la nomination d'un conseil judiciaire au prodigue. Elle apparaissait à certains comme une atteinte aux grands principes de la liberté et du droit de propriété, qu'on venait de faire triompher ; or on considérait précisément le droit de propriété comme le droit d'user et d'abuser des choses.

Mais l'opinion contraire l'emporta ; on fit valoir qu'il était des circonstances où la loi était obligée de prendre des précautions qui gênent la liberté individuelle et que c'était l'intérêt même des citoyens qui inspirait les mesures qu'elles paraissent prendre contre eux. L'expérience des siècles, l'intérêt des familles, qui voient tomber à leur charge ceux que leur inconduite a poussés à la ruine, l'intérêt de l'Etat enfin, de prévenir de semblables naufrages, dont les épaves risquent de devenir un danger social, firent adopter, en faveur du prodigue, les mesures de protection imaginées pour le faible d'esprit.

Et les raisons sociales mises en avant, lors de la rédaction

(1) Req., 18 juill. 1906, D. P. 1907.1.328.

du Code, expliquent suffisamment pourquoi l'article 514, en ouvrant l'instance à tous ceux qui ont droit de demander l'interdiction, n'a pas défendu au Ministère public d'intervenir d'office, en cas de simple prodigalité.

A la vérité, des discussions se sont élevées entre les auteurs, les uns prétendant lui refuser le droit d'agir tant que son action ne serait pas fondée sur l'imbécillité et la démence, les autres, par argument du texte formel de l'art. 514, lui reconnaissant au contraire toujours le droit d'agir, si le défendeur n'a ni époux ni parents connus.

Certes, cette seconde opinion ne correspond plus guère à la conception moderne de l'intérêt que peut avoir la société à la conservation du patrimoine du prodigue, mais, à n'en pas douter, c'est elle qui est la plus conforme à l'esprit des rédacteurs du Code et c'est elle que la jurisprudence a adoptée (1).

On s'est également posé la question de savoir si un individu pourrait demander qu'un conseil judiciaire lui fût nommé. Le projet du Code civil, par une disposition formelle lui conférerait ce droit, mais cette disposition souleva une controverse, à la suite de laquelle elle disparut de la rédaction définitive. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur la volonté du législateur d'écarter du sanctuaire de la justice celui qui, argumentant de ses désordres ou de la faiblesse de son intelligence, viendrait demander que sa capacité personnelle fût anéantie ou soumise à des restrictions (2).

(1) Rouen, 5 déc. 1853, D. P. 54.2.123.

(2) Merlin, Rép. v^o Interdict., § 3 et prodigue § 3.

Le Code civil procède à une énumération des actes que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut faire qu'avec l'assistance de son conseil ; on s'est demandé si les magistrats pouvaient étendre ou restreindre l'énumération légale suivant les circonstances des causes portées à leur jugement.

En ce qui concerne l'extension, le doute ne semble pas possible, car il n'est pas dans les attributions du juge de créer des incapacités nouvelles et il a été jugé notamment, que les magistrats ne peuvent, par exemple, confier au conseil judiciaire les pouvoirs d'un administrateur séquestre et décider qu'il détiendra les titres et créances appartenant au prodigue, et qu'il fera des actes conservatoires de ces créances, recevra les intérêts et passera les baux (1).

En ce qui concerne au contraire la restriction, il y aurait un intérêt évident à autoriser le magistrat à ne défendre au prodigue que ceux des actes qu'il est dangereux de lui laisser le droit d'accomplir seul ; il y a lieu de distinguer, en effet, comme le remarque Laurent (2) entre le faible d'esprit et le prodigue. La loi a eu tort de les mettre sur la même ligne et les tribunaux pourraient, dans une certaine mesure, corriger ce qu'il y a de trop absolu dans cette assimilation.

Malgré ces raisons, on s'accorde à ne reconnaître qu'un seul type d'incapacité et à défendre tous les actes énumérés par la loi, dans tous les cas, sous prétexte que les tiers, en traitant avec les personnes placées sous l'autorité d'un conseil, seraient obligés, si on procédait autrement, de se

(1) Bordeaux, 27 fév. 1878, D. P. 79.2.120.

(2) Laurent, t. V, n° 358.

faire représenter le jugement concernant l'individu avec lequel ils contractent.

Quoi qu'il en soit, malgré la précision de l'énumération de l'article 499 et de l'article 523 du Code civil, de nombreux actes restaient permis aux faibles d'esprit et aux prodigues, grâce auxquels ils pouvaient trouver un moyen d'échapper à la surveillance de leur conseil et de dissiper leur patrimoine, il était dans le rôle tutélaire du magistrat de porter remède à ce péril.

En particulier, la loi était restée muette sur la capacité de s'obliger ; le danger était grand, mais le texte formel du Code ne permettait pas au juge d'interdire un acte qui n'était pas prohibé. C'est pour tourner cette difficulté que la jurisprudence s'est cru autorisée à admettre la réduction, et même la réduction totale, (c'est-à-dire, en somme, l'annulation) des engagements du prodigue et du faible d'esprit, dans les mêmes conditions que pour le mineur émancipé dont les dépenses deviennent excessives ; et cette remarquable hardiesse, qui ne trouve de justification que dans l'impérieuse nécessité de compléter la protection légale en défaut, aboutit, en définitive, à frapper les personnes pourvues d'un conseil judiciaire d'une incapacité générale, analogue à celle du mineur émancipé et de la femme mariée séparée de biens, qui ne laisse subsister à leur profit que la liberté d'administrer. Ainsi se trouve presque entièrement abandonné le système primitif qui consistait à leur donner une liste d'actes défendus, en dehors desquels la capacité était la règle (1).

(1) Planiol, t. I, n° 2136 et la note.

Seulement, après avoir admis ce principe et en avoir fait une application, que nous estimons aujourd'hui quelque peu excessive, la jurisprudence a subi l'influence de l'évolution des idées à l'égard des dissipations des prodiges. Il y a quelque cinquante ans, la conservation des biens de la famille apparaissait comme une nécessité sociale; toute dépense dont l'utilité n'était pas démontrée, était impitoyablement réduite, voire même annulée (1). On proclamait alors que les obligations consenties par une personne pourvue d'un conseil judiciaire ne pouvaient être validées, comme constituant des actes de pure administration, qu'autant qu'il était déclaré, non seulement qu'elles étaient en rapport avec la fortune du prodigue, mais encore qu'elles avaient eu lieu dans la juste limite de ses besoins (2); on était même allé jusqu'à exiger que la dépense fût nécessaire (3).

De nos jours, les considérations qui avaient amené les magistrats à une intervention aussi rigoureuse, ont singulièrement perdu de leur force. On trouve la première trace de cette évolution dans des décisions qui remontent à une vingtaine d'années. Il y avait eu alors des efforts tentés pour entraîner la jurisprudence à protéger la moralité et la famille; les magistrats ont résisté, ils ont manifesté leur volonté de ne protéger que le patrimoine et l'incapable seul et se sont refusés à trouver des motifs suffisants de prodigalité dans le fait que des dépenses, tout en étant contraires à la dignité et au rôle moral de leur auteur, et

(1) Cass., 1^{er} août 1860, D. 60.1.316, 2 déc. 1885, D. 86.1.128.

(2) Cass., 1^{er} août 1860 précité.

(3) Lyon, 10 mai 1861, D. 61.2.165.

entièrement dépourvues de tout caractère utile et moral, n'étaient point en disproportion avec les ressources du prétendu prodigue (1), ou encore que ces dépenses n'entraînaient pas l'avoir patrimonial (2).

Et l'idée directrice de la jurisprudence moderne semble être que la réduction des dépenses du prodigue ne doit pas avoir pour base l'utilité et encore moins la nécessité de la dépense, mais seulement la prise en considération de la fortune du prodigue (3).

Mais il n'aurait pas suffi de réduire, en partie ni même en totalité, les engagements du prodigue ou du faible d'esprit, en dehors de l'assistance de son conseil. La loi n'avait pas prévu, comme dans le cas de l'interdiction, l'annulation des actes antérieurs à la nomination du Conseil judiciaire et, cependant, dès que l'instance est engagée, et même quelque temps auparavant, l'individu, qui se sent menacé de se voir privé d'une partie de ses droits, peut être tenté de neutraliser d'avance, par des opérations, pour l'exécution desquelles on trouve toujours des complaisances intéressées, les effets de la mesure que l'on va prendre contre lui. Ici, encore, la jurisprudence, soucieuse de compléter le système de protection de la loi dans l'intérêt de l'incapable, décide d'une façon constante, que les actes passés par le prodigue, antérieurement à la nomination du conseil judiciaire, ne sont inattaquables qu'autant que les tiers qui ont contracté avec lui étaient de bonne foi. Les tribunaux se reconnais-

(1) Paris, 31 janv. 1894, D. P. 94.2.233.

(2) Paris, 25 mai 1897, D. P. 97.2.287.

(3) Cass., 7 juill. 1902, D. 1902.1.422. Paris, 2 déc. 1904, D. 1905.2.385.

sent, au contraire la faculté d'annuler ces actes lorsque les tiers ont agi dans l'intention de faire fraude à la loi, en paralysant par avance l'effet de la poursuite en dation de conseil judiciaire (1).

De même, au cours de l'instance, si le défendeur, dans le but de continuer aussi longtemps que possible ses prodigalités, cherche par des difficultés et des moyens de procédure, à éloigner la décision définitive, le tribunal peut, pour déjouer ces manœuvres, confier provisoirement à un tiers, l'administration de ses biens (2).

Telles sont les mesures prises contre le prodigue qui cherche à se soustraire à l'assistance du Conseil ; mais il peut arriver, au contraire, au cours de l'incapacité, que le conseil judiciaire refuse à tort, ou soit dans l'impossibilité, de prêter son assistance.

Dans ce cas l'intervention du pouvoir judiciaire est nécessaire, non pas pour autoriser l'opération à laquelle s'oppose, ou ne peut se prêter, le conseil judiciaire, comme il le fait pour la femme mariée au cas de refus ou d'empêchement du mari, (une semblable mission n'est pas confiée au juge par la loi), mais pour nommer un conseil judiciaire *ad hoc* si la résistance du conseil judiciaire primitif apparaît comme injustifiée (3).

Il en est de même d'ailleurs au cas où un conflit d'intérêt se produit entre le conseil judiciaire et celui qu'il doit assister.

(1) Nombreux arrêts dans Dalloz. Req., 21 avr. 1898, D. P. 98.1.413.

(2) Cass., 29 avril 1885, D. 85.1.375.

(3) Cass., 12 août 1868, D. 69.1.268.

On sait que la sanction de l'inobservation des prescriptions de la loi, relativement à l'assistance du conseil, est l'ouverture de l'action en nullité au profit de l'incapable, il fallait encore, pour donner à cette mesure protectrice quelque efficacité, en ouvrir l'action au conseil judiciaire et ne pas la réserver au seul prodigue, qui se serait le plus souvent abstenu de l'exercer pour se ménager un crédit indispensable à ses dépenses. Ici encore, les nécessités de la pratique l'ont emporté sur la rigueur des principes et les magistrats n'ont pas hésité à apporter au système légal ce complément nécessaire, en reconnaissant au conseil judiciaire qualité pour exercer lui-même, au nom de l'incapable, l'action en nullité et pour faire appel, sans le concours du prodigue (1).

Tel est donc le rôle du magistrat, en ce qui concerne le prodigue et le faible d'esprit. Son influence directe, telle qu'elle résultait du Code civil, ne devait guère se produire qu'en ce qui concernait la nomination du Conseil judiciaire, on a vu comment les tribunaux ont su profiter des occasions qui se sont présentées à leur barre pour apporter à la protection légale, les améliorations indispensables que leur révélait journellement l'exercice de leur mission tutélaire.

(1) Cass., 20 juin 1881, D. 82.1.33. Paris, 5 août 1887, D. 89.2.230. Cass. Belge, 2 nov. 1900, D. 1902.2.349. — Planiol, t. I, 2146, Colin et Capitant, t. I, p. 611.

TROISIÈME PARTIE

LA FEMME MARIÉE

CHAPITRE PREMIER

Autorisations de justice

La conception d'une incapacité générale de la femme, à raison de son sexe, qui avait été celle des législations primitives où l'exercice du droit était le corollaire de l'emploi de la force, devait disparaître avec les progrès de la civilisation. Dans la société moderne, si l'usage de certains droits politiques, tels que le droit de vote, et l'accès de certaines fonctions publiques, lui sont encore interdits, le nombre de ces prohibitions diminuant d'ailleurs de jour en jour, du moins en droit privé, la femme fille ou veuve ou divorcée, possède-t-elle à l'égal de l'homme une entière capacité.

Dès qu'on pose ce principe de la pleine capacité de la femme mariée, on est logiquement conduit à constater qu'il ne devrait pas y avoir lieu, en réalité, de faire appel au rôle protecteur de la justice pour la femme mariée, dont l'incapacité est entièrement différente de celle des autres incapables.

Si, pourtant, l'état de dépendance, dans lequel des considérations morales et des traditions historiques maintiennent encore la femme vis-à-vis de son mari, suffit à justifier le recours aux magistrats, en cas d'abus de l'autorité maritale, on s' imagine plus difficilement les raisons de l'intervention du pouvoir judiciaire, dans les cas où cette autorité maritale fait défaut, la logique conduisant alors à restituer à la femme mariée en de semblables circonstances, la pleine capacité que le législateur contemporain reconnaît à la femme non mariée.

Et d'ailleurs, on donne à la femme le droit de se pourvoir contre le refus du mari; on aurait pu aussi remarquer que, si le refus du mari risque d'être injustifié, son adhésion ne mérite quelquefois pas moins de soupçons et, comme telle, serait tout aussi légitimement soumise à l'examen du pouvoir judiciaire que les initiatives du tuteur dans les cas graves. C'est là, en effet, le sens le plus absolu de la théorie des homologations de justice dans la protection des biens du mineur et c'est ce qui se présente dans la matière du régime dotal, dont les dispositions sont nettement dirigées contre celui-là même qui, dans les autres régimes matrimoniaux, est précisément le protecteur.

Au surplus, le fait qu'on ait confié au seul mari le soin de protéger sa femme mérite d'autant plus notre remarque que, comme chacun sait, la loi professe que l'incapacité de la femme mariée, en droit français, est fondée non pas seulement sur le devoir d'obéissance, mais aussi sur le désir de protection et que, par conséquent, il est assez bizarre d'avoir reconnu au mari compétence pour protéger sa femme

alors que le « *negocium juris de quo agitur* » concerne précisément ses propres affaires, ce qui est manifestement contraire au principe de la protection des incapables.

Cette situation avait même paru jadis si choquante, que l'on avait essayé de soutenir que pour habiliter la femme, à s'obliger envers les tiers dans l'intérêt de son mari, ou à s'obliger directement vis-à-vis de lui, l'autorisation de celui-ci était insuffisante et qu'il fallait recourir à l'autorisation de justice. Ces tentatives sont d'ailleurs, il est vrai, demeurées vaines et il est reconnu depuis longtemps que la règle générale, posée par la loi, et qui permet à la femme de contracter avec la seule autorisation maritale, est applicable, à moins de prohibitions formelles, même lorsque celle-ci s'oblige vis-à-vis de son mari (1).

On a quelquefois présenté l'autorisation maritale comme la garantie, non seulement de la puissance du mari sur sa femme, mais encore de l'intérêt de la famille dont celui-ci est le chef et le protecteur. La conservation des biens de la femme importe, non pas uniquement à elle et au mari, mais aux enfants, à la famille en un mot. Et c'est alors au mari, chef de la famille et gardien des intérêts collectifs, qu'incombe la mission d'empêcher tout ce qui pourrait les compromettre (2). C'est donc comme mandataire de la société que le mari exerce la puissance maritale: contre l'abus qu'il en pourrait faire, la loi ouvre un recours à la femme; au cas où il ne peut l'exercer, c'est à la société

(1) Nîmes, 9 fév. 1842, S. 46.1.604; Montpellier, 18 nov. 1853, D. 55.2.90; Bordeaux, 23 avril 1856, D. 56.2.202. — Berin, t. 2, n° 1033. — Colin et Capitant, t. I, p. 645.

de le remplacer. « Le mari, dit Proud'hon, n'est que le délégué de la loi dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu, la puissance publique qui absorbe tous les pouvoirs particuliers peut, à plus forte raison, les suppléer ».

Quoi qu'il en soit, on s'explique que la justice ne soit pas appelée, dans la protection des intérêts de la femme mariée, à jouer le même rôle que dans celle des autres incapables.

Elle agira, le plus souvent, d'une façon supplétive, lorsque le mari ne voudra ou ne pourra donner son autorisation, mais, dans certaines circonstances, où il y a lieu de craindre une entente entre le mari et la femme (et c'est le cas du régime dotal), l'intervention de la justice devra se produire en même temps que l'autorisation maritale, devenue insuffisante et suspecte, afin de jouer un rôle de modération et de contrôle, analogue à celui qui caractérise les homologations, dans les cas graves de la gestion du tuteur.

En tous cas, l'autorisation de justice ne doit être demandée que dans les circonstances prévues par la loi : en règle générale c'est le mari qui autorise sa femme ; celle-ci ne peut recourir aux tribunaux qu'après avoir mis son mari en demeure, et sur son refus, ou dans des diverses situations prévues par les art. 221, 222 et 224 du Code civil (1).

(1) Toulouse, 18 août 1827, S. et P. chr. 29.1.217; Aubry et Rau [Bartin] t. VII, p. 240, n° 472. Colin et Capitant, t. I, p. 643.

I

AUTORISATIONS AU REFUS DU MARI

Le principe, consacré par les art. 218 et 219 du Code Civil est que la justice peut autoriser la femme mariée, en cas de refus du mari.

Quelle que soit l'idée qu'on se fasse du fondement de l'autorité maritale, quelles que soient les mesures législatives qui puissent intervenir pour étendre la capacité de la femme mariée, tant qu'il lui faudra, pour certains actes, l'autorisation de son mari, le principe ne pourra être contesté du recours possible à la justice, pour briser un refus injustifié de sa part. Théoriquement, l'autorité maritale est maintenue, mais pratiquement, elle se trouve, en l'espèce, exercée par le tribunal au lieu et place du mari (1).

Certes, le législateur, en pareilles matières, doit-il avoir le souci de ménager la bonne harmonie du ménage ; or l'intervention judiciaire dans l'intimité conjugale n'est pas faite pour un resserrer les liens, de pareils conflits conduisent fatalement à la séparation et au divorce, aussi, peut-on se demander s'il n'est pas souhaitable de voir réduire au minimum les causes de ce recours à la justice.

Etendre la capacité de la femme est un premier moyen et, sans doute, la loi du 13 juillet 1907, a-t-elle, à ce point

(1) Le mari peut révoquer l'autorisation accordée par la justice à raison de son absence ou de son incapacité qui, depuis, aurait cessé, aussi bien que celle qu'il a donnée lui-même ; mais il n'est pas admis à révoquer l'autorisation donnée par la justice sur son refus, il devrait, pour en arrêter l'effet, et la faire rapporter, le cas échéant se pourvoir, par appel contre le jugement qui a autorisé la femme. Aubry et Rau [Bartin] t. VII, p. 255, n° 472.

de vue, en donnant à la femme une pleine liberté relativement à ses biens réservés, supprimé de nombreuses causes de conflits; mais elle en a, par contre, créé d'autres en ouvrant au mari le recours à la justice pour faire retirer à sa femme, en cas d'abus, la capacité limitée, qu'elle ne lui a octroyée qu'avec une extrême timidité. Sorte de résurrection de la vieille idée d'incapacité naturelle de la femme !

Le rôle du magistrat, dans toutes les affaires de ce genre, apparaît, avant tout, comme un rôle de conciliation; la délicatesse de sa mission n'a pas échappé au législateur; la procédure qu'il a instituée en témoigne.

C'est à la juridiction contentieuse de la Chambre du Conseil, c'est-à-dire à l'abri d'un auditoire dont la présence apporterait le trouble dans la discussion et aggraverait le conflit, que le mari doit être dûment entendu ou appelé.

Préalablement à toute instance, d'ailleurs, par respect pour l'autorité maritale, la femme doit s'adresser à son mari; pour constater son refus, elle doit lui faire sommation. Cette sommation est faite par acte d'huissier, elle doit mentionner la réponse du mari, le défaut ou le refus de réponse et ce n'est que munie de cet acte que la femme adresse sa requête au président, afin d'obtenir le permis de citer.

Ici commence le rôle du magistrat. Le président peut, en effet, à ce moment, par ses observations aux justiciables leur épargner les frais d'une procédure inutile, il peut par exemple, leur signaler l'incompétence du tribunal, l'inutilité de l'autorisation ou de la citation dans le cas où il n'y aurait pas besoin d'appeler le mari à la Chambre du Conseil, et,

en fait, il arrive fréquemment que des différends entre époux sont apaisés ainsi par suite des observations du président et que des requêtes sont retirées (1).

La question a été fort discutée de savoir si toute la procédure devait se passer dans la Chambre du Conseil. Or, pour ménager à la discussion un caractère plus intime, on a été jusqu'à prétendre que le ministère des avoués, certainement facultatif, devait être prohibé dans cette procédure d'un genre spécial, dont le but est avant tout la conciliation. Tout le monde, il est vrai, est tombé d'accord pour reconnaître aux parties le droit de se faire assister par des hommes initiés aux affaires, dont la présence ne peut que faciliter l'exposé de la cause. Le seul fait que des doutes aient pu surgir à cette occasion semble prouver suffisamment que l'on doit concentrer toute la procédure dans la Chambre du Conseil afin de la soustraire à la curiosité du public, qui ne peut qu'exciter les susceptibilités, et pourtant la pratique varie suivant les tribunaux, quant aux conclusions du Ministère public et au prononcé du jugement. A Paris par exemple ils ont lieu à l'audience (2).

Nul doute que le magistrat, après avoir examiné les circonstances, approuvé les causes du refus, ne puisse accorder ou refuser l'autorisation dans toute l'indépendance de ses lumières et de sa conscience, c'est là l'exercice naturel du rôle qui lui est confié, mais, peut-il aussi, en accordant autorisation, la subordonner à certaines conditions ?

(1) Bertin, t. II, n° 85.

(2) Bertin, *loc. cit.* Aubry et Rau [Bartin] t. VII, n° 472 enseignent que le jugement qui accorde ou refuse l'autorisation doit être prononcé à l'audience publique et non en la Chambre du Conseil.

La situation du tribunal qui autorise la femme n'est pas la même que celle du tribunal qui homologue une décision d'un conseil de famille : modifier la décision du conseil de famille sans provoquer une nouvelle délibération, c'est méconnaître la loi, qui réserve au Conseil le droit de fixer lui-même les conditions de l'autorisation qu'il a donnée, c'est introduire une modalité, peut-être contraire à l'intérêt véritable du mineur, qu'une connaissance plus approfondie de la situation (et on suppose cette connaissance chez le conseil de famille) aurait sans doute fait écarter, et, nous avons vu, que le seul moyen pour le tribunal, de faire adopter sa manière de voir, était de rejeter la requête jusqu'à ce qu'elle fût conforme à ses vues. Mais ici, la situation est toute différente, le tribunal supplée l'autorité maritale ; la condition qu'il impose d'une part, le mari aurait pu, et même aurait dû, l'imposer dans l'intérêt de la femme, d'autre part, la femme reste libre, si cette condition lui paraît inacceptable, de ne pas profiter de l'autorisation ; c'est en quelque sorte une condition que le tribunal met à l'octroi de son approbation.

On s'accorde donc, en général, à reconnaître au magistrat, la faculté, non seulement de donner ou de refuser son autorisation, mais encore de la subordonner à certaines conditions, par exemple fixer le taux d'un emprunt, prescrire le emploi du prix d'une aliénation... etc.

II

AUTORISATIONS AU CAS D'EMPÊCHEMENT DU MARI

Lorsque, par suite d'une incapacité naturelle ou légale, le mari est hors d'état de donner son consentement, l'intervention du pouvoir judiciaire, nous l'avons déjà dit, se justifie plus difficilement.

Etant donné que la femme, fille ou veuve ou divorcée, est pleinement capable, il semblerait qu'en cas d'empêchement du mari, la femme mariée devrait recouvrer sa pleine capacité et être dispensée de suppléer l'autorisation maritale en défaut par une autorisation judiciaire.

Origine historique. — Il y a, à cette singularité, une origine historique qu'il faut chercher dans la double provenance du système matrimonial français, produit de la pénétration, vers le xve siècle, des règles du régime dotal, en usage dans les pays de droit écrit, au milieu des pays de communauté de la France coutumière. Chez les Germains où, en l'absence de toute puissance publique, les familles fortement constituées, étaient à elles-mêmes leurs propres tribunaux, tous ceux qui étaient incapables de porter les armes, les enfants, les vieillards, les femmes, besoigneux de la protection de leurs parents devaient être soumis à leur pouvoir. Une tutelle perpétuelle, comme dans l'ancienne Rome, asservissait la femme.

Le principal effet du mariage était de placer la femme sous le mundium de son mari et de faire acquérir à celui-ci

des droits sur ses biens. D'ailleurs la conception primitive du droit barbare de la protection de la femme était, et est restée longtemps, comme celle de la protection du mineur, l'idée de l'exercice d'un droit, plutôt que celle de l'accomplissement d'un devoir.

Mais, alors que le *mundium* du mari devait traverser intact toute la période féodale et se retrouver au XIII^e siècle ce qu'il était à l'origine, les pouvoirs de la famille sur la femme, fille ou veuve, devaient subir une transformation progressive qui allait finalement conduire à leur disparition : passés d'abord aux mains du seigneur pendant la période où triompha la féodalité, ils furent exercés par lui avec une extrême rigueur, mais, avec la décadence du régime, lorsque la femme put racheter par des prestations en argent l'obligation au service militaire, lorsqu'elle put « porter son fief », la tutelle seigneuriale fut abolie pour la femme noble et fendataire d'abord, puis, par imitation, pour la femme bourgeoise et roturière ensuite. La plupart des chartes communales attestent la pleine capacité qui lui est conférée au XIII^e siècle.

La conséquence logique de cette évolution qui amenait à considérer d'une part la femme non mariée comme entièrement capable, la femme mariée étant restée sous le *mundium* du mari, uniquement dans l'intérêt de celui-ci, devait être, qu'en cas d'empêchement du mari, la femme retrouvait son entière capacité. Et c'est ce dont témoigne Beaumanoir (1) : « Si le mari est aliéné absent ou empêché — si come ses

(1) Beaumanoir XLIII.28.

barons est fou ou hors de sens... ou si li barons est en estranges teres fuites ou bannis ou emprisonés —, la femme s'oblige valablement ».

A la même époque, du ^x^e au ^{xiii}^e siècle, lors de la renaissance des études juridiques, se développait, dans les pays de droit écrit, le droit de Justinien, resté jusque là inconnu en Gaule, où le droit romain était représenté encore par les écrits de Paul et de quelques jurisconsultes, conservés dans la loi des Wisigoths et le Code Théodosien. Et, avec cette renaissance s'affirmait le principe de l'inaliénabilité dotale et reparaisait l'incapacité Velleienne, qui avait disparu avec les invasions barbares (1).

Et c'est, environ deux siècles plus tard, que devait se produire la propagation, dans les pays de coutume, de l'idée de l'incapacité naturelle de la femme, avec celle du Velleien (2).

Sans doute le Velleien ne se maintint-il pas : un Edit de Henri IV, d'août 1606 et deux ordonnances de Louis XIV, de 1683, pour la Bretagne et de 1704 pour Bourgogne le supprimèrent formellement dans les pays de coutume. L'idée de l'incapacité de la femme n'en subsista pas moins et on cessa de considérer la nécessité de l'autorisation maritale comme découlant uniquement des pouvoirs du mari pour la regarder, en même temps, comme une mesure établie en faveur de la femme.

Dès lors fut admis le principe, qui devait se maintenir jusqu'à nos jours, que l'absence ou la démence du mari ne

(1) Gide, p. 393.

(2) Très anc. cont. de Bretagne 68.328. Cont. not. Chatelet 15. Bouteillère 1.97. Aftalion, La femme mariée, p. 26.

rendent pas à l'épouse, comme il était admis au XIII^e siècle, le libre exercice de sa capacité et que, si le mari ne peut l'assister, il lui faut une autre protection.

Pour tout ce qui dépasse les actes d'administration, l'autorisation de justice supplée celle du mari (1).

Le système du Code civil, résultat de la fusion de deux principes contraires qui en explique les vices et les conséquences, marque une étape dans une évolution dont le principe remonte à l'incapacité absolue de la femme dans le droit primitif, et dont le terme, pour l'école féministe, doit être son émancipation complète, aussi bien en droit public qu'en droit privé, aussi bien pour la femme mariée que pour la femme fille ou veuve ou divorcée.

Procédure. — Quoi qu'il en soit, le principe de l'autorisation de justice, au défaut du mari est consacré par les articles 221, 222, 224, C. civ.

Si le mari se trouve dans un cas d'empêchement physique ou légal, il ne saurait être question de le citer en justice puisqu'il est hors d'état de fournir des explications. La femme présente alors une requête au Président, celui-ci commet un juge rapporteur et ordonne la communication au Ministère Public. La décision est rendue en la Chambre du Conseil, qui statue à titre de juridiction gracieuse, sur le rapport du juge commis, dont la mission est de rechercher les causes de contradiction (863. C. proc.).

Des divers cas d'empêchement. — Aucun doute sur le pouvoir discrétionnaire du magistrat, tant pour accorder ou

(1) Merlin (v^o Aut. maritale, p. 204).

refuser l'autorisation, que pour la subordonner à telle condition que l'intérêt de la femme lui semblera exiger.

La seule difficulté qui puisse se présenter est celle de la détermination des cas où, précisément, le mari est réellement empêché, au sens légal du mot, et où il y a lieu de procéder directement, sans l'appeler à la barre du tribunal.

Au cas de minorité, on reconnaît généralement qu'il n'y a pas lieu de citer le mari ; mais il peut y avoir lieu de le consulter et, à cet égard, le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour l'appeler officieusement en la Chambre du Conseil (1).

Au cas d'interdiction, aucune difficulté ne s'élève pour reconnaître à la femme le droit de s'adresser par requête à la Chambre du Conseil et à celle-ci de l'autoriser ; la même solution étant d'ailleurs admise pour le cas où le mari est interné, conformément à la loi du 30 juin 1838.

Par contre, des controverses se sont élevées quant au pouvoir du tribunal, lorsque le mari est pourvu d'un conseil judiciaire.

Les uns admettent, qu'en l'absence d'un texte, il ne saurait y avoir lieu de recourir à la justice sans s'adresser au mari (2).

D'autres exigent la présence du Conseil judiciaire, à côté du mari, pour l'habiliter à autoriser (3).

D'autres enfin, et c'est la solution qui prévaut dans la

(1) Bertin, t. II, n° 866.

(2) Duranton, t. II, n° 506.

(3) Paris, 13 nov. 1866.367.2.324. Laurent, t. III, n° 132.

jurisprudence, décident que l'on doit toujours s'adresser à la justice, car, d'une part, il semble impossible de permettre au mari d'autoriser sa femme à faire un acte, que lui-même ne saurait accomplir seul, et, d'autre part, l'esprit de la loi s'oppose à l'intervention d'un tiers, dans ces sortes d'affaires d'intimité familiale, entre les époux (1).

Certes, la présence d'un tiers doit être évitée entre les époux, mais une intervention de la justice est-elle moins nuisible à l'intimité et à la bonne harmonie du ménage ? La loi ne l'exige pas et il faut, pour expliquer une pareille solution, faire appel à l'idée d'une protection, nécessaire à la femme mariée, dont nous avons rappelé l'origine historique, en même temps que l'anomalie, dans notre législation moderne, car, en vérité, si le mari est frappé d'une incapacité, sa femme ne l'est pas ; en sollicitant l'autorisation de son mari, elle ne ferait que remplir les devoirs que sa qualité d'épouse commandent, et dont il n'y aurait aucune raison de la dispenser, au risque de rompre les bons rapports de la société conjugale, si l'incapacité de la femme mariée n'avait pas pour base, en même temps que le devoir d'obéissance consacré par l'art. 213, C. civ., le besoin d'une protection spéciale, qui nous paraît si singulière, alors qu'elle est jugée inutile à la femme non mariée.

La justice est encore appelée à suppléer l'autorité maritale au cas d'absence présumée ou déclarée.

Or la pratique met en présence de circonstances où,

(1) Cass., 13 juillet 1889, Pand. fr. pér. 89.1544, D. P. 90.1377. En ce sens Aubry et Rau (Bartin 1913) t. VII, n° 472, p. 243, note 43 *in fine*.

l'absence n'étant ni présumée ni déclarée, mais le domicile du mari étant trop éloigné, ou inconnu et même inconnaisable, il est naturellement impossible d'obtenir son autorisation. Il est de toute évidence que, dans ces cas, les magistrats ne sauraient se prêter à une manœuvre possible de la part de la femme qui tâcherait de profiter d'une non présence pour surprendre leur religion et obtenir d'eux une autorisation que son mari lui aurait refusée.

La situation s'est présentée maintes fois au cours de la guerre de 1914 et une loi du 13 juillet 1915 est venue décider que, pendant la durée de la guerre, la femme mariée qui serait dans l'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale, par suite de la guerre, se pourvoirait de l'autorisation de justice, conformément à l'art. 863 C. proc. (1).

D'ailleurs la loi du 13 juillet 1915 n'était déclarée applicable que dans les cas d'urgence, dûment constatés par la justice. Et, en fait, les magistrats, interprétant ses dispositions d'une façon restrictive, ont décidé notamment que « le tribunal ne pouvait, au lieu et place du mari disparu à la guerre, accorder à la femme une autorisation générale pour administrer les biens de la communauté ni pour faire le commerce (2).

C'est encore là un des nombreux exemples où se manifeste

(1) Et il a été notamment jugé que: « La femme dont le mari avait été porté disparu pouvait obtenir par voie de requête au tribunal civil, l'autorisation de vendre le fonds de commerce appartenant à son mari, exploité par elle depuis la mobilisation et d'employer le prix à l'acquisition d'un autre fonds de commerce (Trib. du Havre, 26 janv. 1917. Gaz. Trib., 1918, II, 233).

(2) Trib. de Langres, 20 avril 1916, J. Nut, 1916.392.

la tendance du législateur moderne à laisser une large part de liberté au pouvoir judiciaire, quant à la mesure dans laquelle doivent être appliquées les prescriptions impératives des textes qu'il vote sous l'impulsion de circonstances passagères et dont il redoute un usage abusif.

Il existe encore d'autres cas, où la femme peut s'adresser directement à la justice. La condamnation du mari à une peine afflictive et infamante a été spécialement prévue par l'art. 221 et on s'accorde pour appliquer cette même disposition aux peines des travaux forcés à temps, de la réclusion, de la détention et du bannissement (1).

Mais il est entendu, qu'à moins d'arguments très puissants du genre de ceux invoqués lorsque le mari est pourvu d'un conseil judiciaire, c'est lui qui conserve sa qualité pour habiliter sa femme, et que la justice n'a pas à le faire à sa place. Ainsi la faillite ne rend pas le mari incapable de donner son autorisation à sa femme qui ne doit recourir au tribunal qu'à son refus et après sommation.

III

AUTORISATIONS RÉSERVÉES A L'AUTORITÉ MARITALE. CAS CONTROVERSÉS : COMMERCE, ENGAGEMENT THÉÂTRAL, PROFESSIONS

Malgré la généralité du principe sur lequel s'appuie le droit pour la femme de recourir à l'autorité judiciaire pour suppléer l'autorité maritale, il est des circonstances où la

(1) Ch. de C. de la S., 19 mars 1854; Demolombe, t. IV, n° 216; Demanton, t. II, n° 507; Demante, t. I, n° 434; Baudry Luc, t. I, n° 840.

gravité particulière des actes à accomplir justifient des doutes sur la légitimité et l'opportunité de semblables interventions de la puissance publique.

Il est deux cas, prévus par le Code, où la justice ne peut autoriser la femme parce qu'un texte formel le lui défend, c'est celui où il s'agirait d'accepter les fonctions d'exécuteur testamentaire (art. 1029) et celui où elle demanderait à faire un compromis (art. 83 6° et 1004 C. proc. civ.).

Seul d'ailleurs, le deuxième cas vise l'intérêt de la femme.

Mais il est une sorte d'autorisation qui mérite quelques développements, car elle fournit un remarquable exemple d'intervention spontanée du magistrat dans une matière où le Code avait, sans aucun doute, entendu réserver un pouvoir discrétionnaire au seul mari.

§ 1^{er}. — *Autorisations de faire le commerce*

L'article 4 du Code du Commerce dispose que « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.

Et il est incontestable que, dans l'esprit du législateur de 1807, le mari seul devait être qualifié pour autoriser sa femme. Les dangers que pouvaient faire courir à la fidélité conjugale le contact journalier de la femme avec des hommes, à l'occasion des affaires, la conception que l'on avait alors des droits de propriété du mari sur sa femme (1),

(1) N'est-ce pas Bonaparte qui se laissa aller, dans la discussion du Code jusqu'à comparer la femme, vouée, dans son aspect à la procréation des enfants, à l'arbre fruitier qui, produisant des fruits est la propriété

le crédit illimité qu'on accordait à celui-ci quant aux moyens à employer pour sauvegarder sa personne et son patrimoine, sont autant de motifs qui conduisaient nécessairement à dénier à toute autorité étrangère une immixtion quelconque, dans une matière où intervenaient des appréciations si intimes, et où, non seulement des intérêts pécuniaires, mais encore l'honneur du nom et la liberté même de la femme pouvaient se trouver compromis par une déclaration de faillite et par la contrainte par corps.

D'aussi graves considérations expliquent suffisamment le souci de réserver au mari seul le soin d'apprécier s'il convenait ou non de donner son autorisation, pour exercer une profession à laquelle on reconnaissait de si graves périls et à laquelle, aussi, par un faux point d'honneur, beaucoup attachaient encore le caractère dégradant dont, sous l'ancien régime, était entaché le commerce, auquel on ne pouvait se livrer sans déroger.

Tel est le sens que l'on donnait alors à l'article 4 du Code du Commerce et qu'expliquent clairement les déclarations du prince archichancelier quand il disait, au sujet de la discussion qui avait eu lieu au Conseil d'État : « On
« tombe d'accord que la femme est incapable de faire le
« commerce sans l'autorisation de son mari, mais, les uns
« veulent qu'on exprime ce principe, les uns pensent qu'il
« est inutile de le rappeler, puisqu'il découle naturellement
« du principe de la puissance maritale » (1).

du jardinier? Roguin, *Le Mariage*, p. 181. — Colin et Capitant, t. I, p. 617.

(1) Locré, t. 17, p. 159.

Et Regnault, de Saint-Jean d'Angely, qui devait présenter l'exposé des motifs disait également : « Le système de la vocation est que, en aucun cas, la femme ne peut, ni faire le commerce, ni s'obliger sans le consentement de ce dernier » (1).

Et pendant longtemps, le texte de l'article 4 a été appliqué dans l'esprit où il avait été rédigé.

Mais, si les mots devaient rester les mêmes, une évolution devait se produire dans les mœurs au cours du siècle dernier. Il n'est pas douteux que nous ne possédons plus aujourd'hui la conception, qui était celle de nos pères en 1807, du mari propriétaire de sa femme, nous nous représentons davantage la femme comme ayant la direction personnelle de son activité (2), et comme ne devant pas être soumise sans recours à l'arbitraire de son mari, seul juge de la question de savoir si elle peut ou doit faire ou ne pas faire le commerce.

Nous ne professons plus davantage, quant à la protection de sa vertu, les mêmes idées que l'on proclamait comme des dogmes, il y a quelque cent vingt ans ; nous avons plus confiance dans sa défense personnelle, l'isolement a cessé d'être la base de son éducation et la règle de sa vie et nous accordons à la femme et à la jeune fille des libertés qui eussent provoqué, autrefois, les protestations les plus indignées.

(1) Locré, t. 17, p. 160.

(2) Colin et Capitant, t. I, p. 646. Le courant des idées nouvelles, de plus en plus favorable à la liberté d'allures de la femme laborieuse, surtout depuis la loi du 13 juillet 1907 ne pourrait que confirmer encore la jurisprudence libérale qui se formerait sur ce point. — Cf. Paris, 24 mai 1911, Gaz. Pal., 3 août 1911.

Au surplus, la dissociation progressive de la famille et de la société conjugale en particulier, ont peut-être multiplié les sources d'abus possibles, de la part du mari, du pouvoir absolu que l'on s'était cru en droit de lui accorder, sans contrôle ni réserve, dans l'article 4.

Enfin, les transformations sociales ont à peu près effacé le préjugé que nourrissait contre le commerce la société d'abus, encore tout imprégnée des vieux préjugés de l'ancien régime.

Sous ces pressions diverses dont nous n'avons à rechercher ni les bienfaits ni les dangers, mais que nous ne pouvons nous dispenser d'observer et de constater, il a bien fallu relire l'article 4. Un texte n'est pas quelque chose de figé, c'est un organisme vivant, car, s'il est vrai que les lettres ne changent pas, il est vrai aussi que les personnes qui lisent ce texte changent et y voient un sens nouveau parce que leur psychisme est différent (1).

Dans la pratique, la question de l'autorisation de faire le commerce se présente sous des aspects divers, que vise, dans une formule unique, l'article 4, quand il dit que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari: le mari, présent et capable, refuse son consentement; le mari, absent ou incapable, est hors d'état de manifester sa volonté; le mari, qui avait primitivement autorisé sa femme à faire le commerce, retire son autorisation.

Il est inutile de souligner les différences profondes qui

(1) Voyez Etudes économiques et sociales, t. XIII. Les méthodes juridiques. Allocation de M. Saleilles, p. XXI et s., de M. Thaller, p. 132 et s., de M. Geny, p. 172 et s.

séparent ces diverses hypothèses et leur répercussion sur le caractère que prend, dans chacune d'elle, l'intervention du pouvoir judiciaire.

La dernière est celle où l'appel possible au magistrat apparaît comme le nécessaire contrepoids aux caprices d'un mari, que sa volonté changeante rend à juste titre suspect, et qui ne saurait, qu'à charge de prouver des abus, se prévaloir des graves considérations morales que nous avons exposées, puisque, par hypothèse, il avait primitivement accordé son autorisation.

A la vérité, malgré sa volonté de maintenir au mari seul le pouvoir d'autoriser sa femme à faire le commerce, le législateur de 1807 n'ignorait pas les inconvénients du refus possible du consentement marital et, après avoir proclamé que l'on devait conserver intacte la puissance maritale et ne permettre le commerce à la femme que lorsqu'elle avait obtenu son autorisation, soit expresse, soit tacite, le prince archi-chancelier ajoutait : « Supposons ensuite que le mari
« veuille retirer son consentement, il est juste de ne pas lui
« laisser indéfiniment cette liberté et de ne pas lui permet-
« tre de s'opposer par caprice à ce que sa femme améliore
« la fortune de leurs enfants communs. Qu'alors le tribunal
« intervienne et prononce ! ».

Sur ce point, donc, l'opinion générale fut, tout de suite, qu'il appartenait aux tribunaux d'intervenir. Il faut remarquer d'ailleurs qu'on n'enlevait pas ainsi au mari le droit de retirer son autorisation, ou le soumettait à un contrôle, à une révision, car il s'agit là d'un droit de puissance maritale auquel il est défendu de déroger.

Et on cite un arrêt du tribunal de commerce de la Seine

du 3 mai 1843 (1) qui, tout en proclamant au fond que le mari étant chef et maître de sa femme peut révoquer le consentement qu'il lui a donné de faire le commerce, et même s'opposer à l'exercice d'un négoce, alors qu'elle serait déjà commerçante à l'époque de son mariage, confirme la recevabilité du recours, par cela même qu'il statue au fond.

Restaient les deux premières hypothèses, celle du refus et celle de l'empêchement du mari.

La lettre du Code ne faisait, à la vérité, aucune distinction, mais, s'il était permis de soutenir que l'autorité maritale ne serait qu'un vain mot s'il pouvait être admis que la femme eût le loisir de vaquer habituellement, contre le gré de son mari, à des occupations de nature à la distraire par leur continuité de ses devoirs de mère et d'épouse, il devait apparaître bientôt, comme non moins choquant, que la femme de l'interdit ou de l'absent, restée sans ressources, ne pût se faire autoriser par la justice à subvenir aux besoins de sa famille et à faire vivre les siens.

Et, de bonne heure, certains auteurs, considérant que, dans ce cas, les raisons d'harmonie domestique, qui étaient la base même de la prohibition d'un appel aux juges, n'avaient plus la même valeur que dans le cas de refus par le mari présent et capable, proposaient, en cas d'empêchement du mari, de recourir à l'autorisation de justice.

Les magistrats, maintenus, grâce à leur contact journalier avec le public, en constante harmonie avec les modifications de l'opinion, se crurent, de leur côté, autorisés, quelque quarante ans après la promulgation du Code de Commerce,

(1) Le Droit, 18 nov. 1843.

à accueillir le recours, quand le mari était dans l'impossibilité de donner lui-même son autorisation. Ainsi le décide un arrêt de la Cour de Paris du 24 octobre 1844 (1).

Et ce même arrêt décide également qu'il peut être suppléé par les tribunaux, au refus d'autorisation du mari, quand la demande repose sur d'urgents motifs, surtout si les époux sont séparés de biens ou de corps, ce qui entraîne la séparation de biens (2).

La jurisprudence devait continuer dans cette voie, où la poussait irrésistiblement l'évolution des mœurs et, depuis cette époque, beaucoup de jugements et d'arrêts ont autorisé des femmes mariées à faire le commerce sur le refus du mari (3).

Aujourd'hui les magistrats se reconnaissent d'une manière absolue le droit d'intervention.

Du côté de la doctrine, à part quelques ouvrages qui admettent l'autorisation supplétive de la justice à condition que les époux ne soient pas sous le régime de la communauté (4), on persiste en général à interpréter à la lettre le texte de l'article 4 et à y chercher l'esprit du législateur de 1807; et on est fatalement amené, sur ce terrain, à rejeter l'intervention judiciaire. On invoque, en outre, une raison

(1) Dall. Rép., v^o Commerçant, n^o 178.

(2) On avait cru, en limitant à la femme séparés de biens le bénéfice de l'autorisation de justice, ménager l'intérêt du mari; mais, même en cas de séparation de biens le mari pourra être atteint dans sa fortune puisque la femme pourra anéantir ses biens personnels et par suite les ressources que son mari y trouve pour ses enfants et pour lui-même.

(3) Paris, 3 janv. 1866, D. 66.2.25. — Trib. comm. St-Etienne, 16 janv. 1880, D. 81.1.225. Cependant le tribunal de Lyon s'est refusé à deux reprises différentes à substituer les femmes mariées à faire le commerce, 16 janv. 13 mars 1869, D. 69.3.29.30.

(4) Colin et Capitant, t. I, p. 647.

d'ordre pratique pour ne pas permettre aux juges de se substituer au mari, c'est qu'ils peuvent bien, dit-on, apprécier l'opportunité d'un acte dont on leur soumet toutes les conditions mais qu'ils jugeront mal l'aptitude de la femme à l'exercice de la profession commerciale (1).

Déjà, cette dernière raison prête bien plus facilement le flanc à la contradiction que les raisons d'ordre moral et de respect absolu de l'autorité maritale, puissamment étayées par les mœurs et l'opinion, qui avaient guidé les rédacteurs du Code de Commerce. Sur le terrain de l'aptitude au commerce, la jurisprudence est plus apte à formuler un avis que sur les inappréciables questions de fidélité conjugale.

Quant à l'argument des textes, il ne faut pas oublier que ceux-ci doivent être lus à la lueur des faits et des mœurs de l'époque à laquelle on doit les appliquer, et que, c'est précisément parce qu'ils ont une aptitude indéfinie à éveiller dans l'esprit des idées différentes qu'ils gardent un sens pour les générations successives et qu'ils peuvent être lus par elle (2).

§ 2. — *Exercice d'une profession. Engagement théâtral*

Bien que ces questions se rapportent plus spécialement à la protection de la personne qu'à celle des intérêts, signalons toutefois que, si une évolution analogue à celle que nous venons de constater à l'égard de la profession commer-

(1) Planiol, t. I, n° 969.

(2) Voyez Geny. Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif et la préface de M. Saleilles.

ciale s'est incontestablement produite, en ce qui concerne l'exercice d'un métier par la femme et si son activité apparaît de plus en plus, dans la société d'après-guerre, comme un facteur de la vie économique même du pays, il est non moins contestable que nous conservons encore de rigoureuses préventions à l'encontre de certaines professions pleines de dangers pour la moralité de la femme ; la carrière théâtrale n'en est qu'un exemple, seulement elle présente ce caractère spécial d'attirer sur ses fautes une publicité et un éclat tout particuliers.

Contrairement à ce qui a eu lieu pour le commerce, aucun texte du Code n'a prévu la question, mais les considérations d'un ordre tout intime et personnel, que comporte l'octroi de pareilles autorisations, conduisent la doctrine tout entière à réserver au seul mari le droit de les accorder ; pourtant certains auteurs (1) proposent une distinction tout à fait semblable à celle qui a été le point de départ de l'extension progressive de l'autorisation judiciaire dans la matière du commerce, c'est celle entre le cas où le mari refuse et le cas où il est hors d'état de manifester son consentement.

La question de l'omnipotence du mari apparaît toutefois comme fort discutable et des arrêts déjà anciens se sont reconnu le droit d'autoriser la femme au refus du mari à contracter un engagement théâtral. Cette jurisprudence se heurte pourtant encore à l'opposition de l'opinion et des

(1) Planiol, t. I, n° 969.

(1) Paris, 3 janv. 1868, D. P. 68.2.28. — *Contra*, Paris, 4 mai 1852, D. P. 53.2.94.

mœurs et on cite un arrêt qui consacre d'une façon toute spéciale la gravité des droits du mari en de semblables affaires en attachant au fait de n'avoir pas tenu compte de son opposition le caractère d'un dommage matériel et en condamnant un directeur de théâtre à payer une indemnité au mari pour avoir confié des rôles à sa femme, au mépris d'une opposition que celui-ci lui avait signifiée (1).

Quoi qu'il en soit, les entraves que le mari apporterait à l'exercice d'une profession autorisée par la justice serviraient incontestablement de motifs de divorce ou de séparation de corps; et on pourrait faire valoir qu'il serait peut-être préférable que la femme n'en fût pas réduite à cette extrémité. Il est vrai qu'à ce point de vue, il est fort douteux que le ménage survive longtemps à un conflit, qu'irriteront, de jour en jour, les incidents d'un genre spécial, qui sont le cortège inévitable des exhibitions théâtrales.

On fait d'ailleurs remarquer qu'en pratique, les difficultés relatives à la profession des femmes mariées ont considérablement diminué depuis la loi du 6 février 1893 qui a rendu aux femmes séparées de corps leur pleine indépendance (2).

(1) Paris, 4 mars 1902, D. P. 1902.2.144.

(2) Planiol, *loc. cit.*

CHAPITRE II

Pouvoirs du magistrat sur la capacité de la femme mariée Séparation de biens et retrait de la libre disposition des biens réservés

Sous l'empire du Code Civil, la dépendance de la femme par rapport à son mari, et les pouvoirs que la loi avait conférés à celui-ci sur ses biens, sous tous les régimes, exigeaient une mesure de protection, propre à la soustraire aux dangers d'une dilapidation de sa dot par un mari gaspilleur. On avait organisé la séparation de biens judiciaire, mesure de faveur pour la femme, qui seule avait droit d'y recourir.

Ainsi, le magistrat avait reçu la mission d'intervenir en cas de péril, pour retirer au mari les pouvoirs plus ou moins étendus, qu'il exerçait sur les biens de sa femme, soit en vertu des conventions matrimoniales, soit en vertu des dispositions législatives applicables au régime sous lequel les époux étaient mariés, et pour donner à la femme une demi-capacité en la plaçant sous un régime dont les règles étaient fixées à l'avance, celui de la séparation de biens judiciaire.

La loi du 13 juillet 1907, sur le libre salaire de la femme mariée, est venue soustraire, au contrôle du mari, des som-

mes qui peuvent être considérables, lorsque la femme exerce, par exemple, un commerce ou une industrie séparés.

Contre les abus possibles par la femme de la liberté qu'elle lui octroyait ainsi, contre les dilapidations éventuelles de ces biens réservés qui représentent souvent, non seulement le produit du commerce ou de l'industrie, mais encore des capitaux engagés dans les affaires, la loi du 13 juillet 1907 a organisé un système d'intervention de la justice, à la demande du mari, pour restreindre cette fois la capacité de la femme et lui retirer tout ou partie de ses droits nouveaux.

Donc, quant à l'étendue de la capacité de la femme mariée, le magistrat est investi, à l'heure actuelle, d'un double rôle : il peut l'augmenter par la séparation de biens ou la diminuer par le retrait de la libre disposition des biens réservés, grâce au pouvoir qu'il tient de la loi du 13 juillet 1907.

I

SÉPARATION DE BIENS

C'est, on le sait, à la femme seule que la loi accorde le droit de demander la séparation de biens lorsque « sa dot est mise en péril » et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir ses droits et reprises. Toute séparation volontaire est nulle (art. 1443).

La femme qui poursuit la séparation ne peut former sa demande sans une autorisation préalable, que le président

doit donner sur la requête qui lui sera présentée à cet effet.

« Peut néanmoins le président, avant de donner l'autorisation, faire les observations qui lui paraissent convenables » (proc. 865). Mais il n'a pas le droit de refuser l'autorisation à la femme (1), son rôle se borne à éloigner, s'il y a lieu, grâce à son ascendant moral, une demande inconsidérée (2).

La mission tutélaire du président comporte d'autres mesures plus matérielles : Le Code de procédure a organisé un système de publicité de la demande en séparation de biens, pour l'efficacité duquel un délai d'un mois est laissé entre l'exécution de ces formalités et le pouvoir de tout jugement ; or, pendant ce délai, le mari, supposé dissipateur, et dont les affaires périclitent, peut être tenté de soustraire tout ou partie des biens sur lesquels la femme va reprendre ses droits : des mesures conservatoires sont nécessaires.

Le Code Civil (art. 270) s'était expliqué sur ces mesures conservatoires au cas de divorce, il était resté muet pour le cas de séparation de biens, mais l'analogie d'intérêt, les mêmes craintes de spoliation, commandaient les mêmes garanties et le principe en fut admis sans difficulté par la jurisprudence et par la doctrine, étant bien entendu, naturellement, qu'il est du devoir du juge de concilier avec cet

(1) Dalloz, Rép. v^o Cont. de mariage, n^o 1719.

(2) On s'est même demandé s'il fallait que la femme fut effectivement présente lorsque son avoué remettait la requête. Sans doute cette présence est-elle nécessaire pour que le magistrat puisse faire utilement ses observations, mais si le président peut différer de répondre à la requête jusqu'à ce que la femme ait entendu ses conseils et ses représentations, on décide qu'il n'est pas indispensable, à peine de nullité que la femme présente elle-même la requête. Bruxelles, 7 mars 1832. Dall. *loc. cit.*

intérêt, la dignité et les droits du mari qui, jusqu'à la séparation, ne doit pas être dépouillé préventivement, sans de graves motifs, de son administration.

Les mesures conservatoires généralement autorisées sont l'apposition de scellés et l'inventaire, la saisie-arrêt, la saisie-gagerie, le séquestre, le dépôt à la caisse des consignations, sauf, pour le mari, la faculté de s'y soustraire par la justification d'une caution notoirement solvable (1). D'ailleurs, ces actes conservatoires ne doivent porter que sur la portion des revenus qui n'est pas nécessaire aux besoins du ménage, car, même après la séparation, le mari ne demeure pas moins le chef de la société conjugale et la femme doit subvenir aux charges du ménage.

Une fois le délai d'un mois écoulé, la femme continue la demande, qui s'instruit dans les formes ordinaires, de la même manière que toute autre action civile, avec cette différence toutefois que l'aveu du mari ne fait pas preuve, et cela, afin d'éviter une séparation volontaire formellement prohibée par la loi.

Le tribunal, quant à l'appréciation des faits qui constituent le « désordre des affaires du mari » d'une part, et la « mise en péril de la dot » d'autre part, jouit d'un pouvoir à peu près discrétionnaire.

Le « désordre des affaires » est un fait pour la déclai-

(1) En dehors de ces dispositions, en droit strict le président ne pouvait en prendre d'autres, au moins en tant que juge conciliateur. Mais ce qu'il ne pouvait faire en tant que magistrat chargé de la conciliation, il avait incontestablement le droit de l'ordonner en qualité de juge des référés, pourvu qu'il y ait urgence et sauf les restrictions apportées par la loi.

A. Carpentier, La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce.

ration et la reconnaissance duquel la loi se confie à la sagesse des magistrats sans poser de règles précises.

Bien entendu la faillite autorise la séparation de biens, elle la provoque même de plein droit (1). On reconnaît aussi facilement le même effet à la déconfiture, seulement la séparation de biens doit alors nécessairement être demandée, car la déconfiture n'est pas, comme la faillite, déclarée publiquement. On ne s'arrête d'ailleurs pas là dans la voie de la protection de la femme : peu importe que le mauvais état des affaires du mari soit le résultat de son inconduite ou de son incapacité, ou de circonstances extérieures, comme une catastrophe commerciale ou financière (2), le péril suffit pour motiver la séparation et on reconnaît, à juste titre, qu'il n'est pas nécessaire d'attendre que le malheur soit consommé, la séparation de biens étant une mesure préventive, destinée à parer et non à remédier au danger. Sans doute, les liens qui unissent les époux, les obligent à se secourir, à ne pas s'abandonner dans le malheur, mais non à se ruiner ensemble : la femme n'est pas infidèle à son mari qui sauve du naufrage les débris de sa fortune dans l'intérêt de la famille entière (3).

En tous cas, s'il appartient aux juges du fond de déclarer et constater souverainement les faits qui sont signalés comme constituant le désordre des affaires du mari, il

(1) Art. 1446, C. civ. et 557 et s. du C. de commerce.

(2) Colin et Capitant, t. III, p. 172.

(3) On s'est bien demandé si l'interdiction du mari était une cause suffisante de séparation étant donné qu'il eut semblé logique de lui faire produire la dissolution de la communauté comme le mandat ou la société, mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (Paris, 18 mars 1870, D. 70.2.102).

appartient à la Cour de Cassation de les qualifier, c'est-à-dire de leur assigner leur véritable caractère. En un mot, les termes « désordre des affaires du mari » sont une expression légale dont il est dans les attributions de la Cour suprême d'indiquer le sens et la portée (1).

Au surplus, comme chacun sait, l'article 1443 prévoit, non seulement le désordre des affaires du mari, mais encore la « mise en péril » de la dot, qui n'en est d'ailleurs que la conséquence et, c'est dans l'appréciation de plus en plus libérale du mot « dot », que les tribunaux, par une extension progressive, ont élargi, jusqu'à ses plus extrêmes limites, la protection de la loi en faveur de la femme.

Etant donné la définition générale de la dot, présentée par l'art. 1540, comme étant « le bien que la femme apporte au mari pour soutenir les charges du mariage », tout le monde est évidemment tombé d'accord pour comprendre dans le mot « dot » tous les capitaux, de quelque nature qu'ils soient, que la femme apporte à son mari en se mariant, quelques difficultés ont pu surgir pour les meubles non réalisés tombés en communauté, mais on a vite reconnu que les meubles eux-mêmes avaient été reçus par le mari pour supporter les charges du ménage et que, s'il les dissipait, la demande en séparation de biens était aussi admissible que s'il s'agissait de meubles exclus de communauté ou de capitaux stipulés restituables ; et la jurisprudence, soutenue par la doctrine, s'est empressée d'admettre que la dot, dont la mise en péril sert de motif à la séparation, de biens, devait s'entendre de tout ce que la femme appor-

(1) Dall. Rép. v^o Cont. de mariage, n^o 1639.

tait à son mari pour supporter les charges du mariage, sans distinction de ce qui lui était resté propre et de ce qui était tombé en communauté (1).

Le doute était plus grave en ce qui concernait les revenus. Il pouvait sembler, en effet, que le « désordre des affaires du mari » ne justifiait pas alors la crainte, formulée par l'art. 1443, que ses biens fussent insuffisants pour « remplir les droits et reprises de sa femme » c'est-à-dire, pour assurer la restitution de ses capitaux. On mettait en avant les principes, constamment invoqués jadis, des droits du mari comme chef et on objectait que c'était avilir l'état et le pouvoir des maris que d'admettre une semblable extension qui devait les réduire, disait-on, à la situation de simples intendants et trésoriers de leurs femmes.

L'intérêt de la femme l'emporta cependant de bonne heure aux yeux du magistrat et la jurisprudence, au nom du devoir d'entretien de la femme et des enfants ne tarda pas à proclamer que, même si le capital était garanti par une hypothèque légale suffisante, la séparation pouvait être obtenue lorsque le mari détournait les revenus de leur destination naturelle qui est de subvenir aux besoins de la famille (2).

(1) Nancy, 14 mars 1837, D. Rép. v^o Cont. de mariage, n^o 1629.

(2) Orléans, 7 août 1845, D. P. 46.2.115.

On avait déjà jugé antérieurement : que la séparation pouvait être prononcée contre le mari qui par ses dissipations se met hors d'état de pourvoir actuellement aux besoins de sa femme et de ses enfants (Rouen, 13 mars 1813, 30 mars 1820, D. Rép. *loc. cit.*, n^o 1631) encore que des espérances d'une fortune considérable et de droits de nue-propriété appartenant au mari semblaissent garantir la dot de tout péril (Paris, 9 déc. 1824, D. *loc. cit.*), et aussi, qu'il ne suffisait pas au mari pour éviter la séparation de biens de pouvoir représenter les capitaux formant les

Telle fut l'interprétation généreuse de la loi en ce qui touche les apports pécuniaires de la femme ; la protection tutélaire des magistrats alla plus loin encore : elle fit admettre la séparation de biens alors même que la femme n'aurait apporté aucune dot en espèces, par cela seul que les fruits de son travail séparé ou de son industrie seraient dissipés par le mari (1).

C'était, bien avant la loi sur le libre salaire, reconnaître le principe des droits de la femme aux produits de son travail et en assurer la sauvegarde dans la mesure où pouvait s'exercer le rôle du juge.

Une partie de la doctrine soutenait d'ailleurs cette interprétation sans laquelle, disait Toullier, la femme serait condamnée à travailler toute sa vie pour un mari dissipateur et réduite à une « situation pire que celle d'une esclave » (2).

Certes, ce n'est pas qu'il faille prétendre que la protection ainsi organisée par les magistrats, du salaire de la femme, ait été aussi efficace que celle de la loi du 13 juillet 1907 dont le vote était, depuis longtemps, réclamé par tous les partis : les frais de procédure en privaient souvent la femme laborieuse et pauvre. Et, au surplus, il ne faut pas oublier qu'il y a dans l'intervention judiciaire quelque chose qui

reprises de sa femme, mais qu'il fallait que, pendant le mariage il put consacrer aux charges du ménage et aux besoins de la vie les intérêts et les fruits du bien de celle-ci et que, par conséquent, ces intérêts et ces fruits ne fussent point absorbés, durant le mariage par ses créanciers personnels (Nancy, 1^{re} Chambre, 28 nov. 1839).

(1) Angers, 16 mars 1808, Reims, 23 nov. 1820, Liège, 23 avril 1830, Bruxelles, 30 janv. 1838, D. Rép., n° 1635.

(2) Toullier, t. XIII, n° 28.

répugne à l'intimité conjugale et qui éloignait beaucoup de femmes du recours à une telle sanction, où sombrait en général le foyer domestique, et dont la conséquence la plus immédiate était l'abandon ou les mauvais traitements.

Aujourd'hui la situation a changé d'aspect, la femme est soustraite aux dissipations possibles de son mari, elle a la libre disposition de son salaire et des fruits de son industrie ou de son commerce, et, c'est au cas d'abus de ces droits, lorsqu'elle devient elle-même dissipatrice, que le magistrat intervient, à la requête du mari, pour lui faire retirer le droit dont elle abuse.

En exerçant cette action, le mari agit dans la limite des attributions de son rôle de chef du ménage et il n'est pas douteux, qu'au point de vue du froissement les relations conjugales, l'action du mari n'a pas le caractère de révolte que prend de la part de la femme l'action en séparation de biens, puisqu'il n'est au contraire que l'exercice du droit de puissance maritale, qu'ont consacré des mœurs plusieurs fois séculaires et qui n'ont pas encore réussi à détruire complètement, les assauts répétés du féminisme.

Ainsi, capitaux, revenus, produits du travail séparé, avaient trouvé protection dans l'action de la jurisprudence.

On était d'ailleurs allé plus loin encore, et on avait admis la séparation, alors même que la femme n'avait apporté ni capitaux, ni travail, par cela seul qu'elle avait des espérances dans des successions futures et qu'il importait de mettre à l'abri ce qui devait lui revenir, contre les chances de perte qui résultaient du désordre des affaires du mari : quoique la dot n'eut point été encore reçue par le mari,

il suffisait qu'il pût la recevoir et qu'il y eût lieu de craindre qu'elle ne fût point en sureté entre ses mains (1).

Enfin, faisant le dernier pas dans la voie d'une protection de plus en plus bienveillante, on avait même été jusqu'à admettre que, bien que la femme n'eût ni capitaux, ni travail, ni industrie séparée, ni espérances en des successions futures, on devait prononcer la séparation de biens, par cela seul que les affaires du mari compromettaient sa part éventuelle de la communauté.

« La femme, dit Troplong, apporte ses bras, son économie, ses soins domestiques, voilà sa dot ».

Et la séparation de biens a été accordée bien que la femme ne se fut constitué aucune dot (2).

On est loin d'une interprétation littérale de l'art. 1443. Et voilà comment, en faveur de la femme mariée, s'est manifestée, depuis bien longtemps déjà, la sollicitude tutélaire du magistrat, assurant à celle-ci, une protection qui dépasse, dans une certaine mesure, celle de la loi du 13 juillet 1907 puisqu'elle s'étend même à des cas où il ne saurait être question d'appliquer la loi sur le libre salaire, lorsque la femme n'exerce ni travail ni industrie séparés.

(1) Bordeaux, 1^{er} mars 1848, D. P. 48.2.192. Cette jurisprudence est constante, Voy. Douai, 13 mars 1912, D. P. 1913.2.17.

(2) Liège, 3 juin 1833, Dall. Rép. *loc. cit.*, 1687.

II

LA LOI DU 13 JUILLET 1907 SUR LE LIBRE SALAIRE DE LA FEMME MARIÉE

§ 1^{er}. — *Retrait des droits sur les biens réservés.* *Mesures conservatoires*

Nous avons déjà dit que, malgré l'extension à la femme laborieuse, de la procédure de la séparation de biens, celle-ci se trouvait pratiquement dans l'impossibilité presque absolue d'y avoir recours à raison des formalités et des mesures de publicité accumulées par la loi pour sauvegarder les légitimes intérêts des tiers. En fait, nombreuses étaient les ouvrières auxquelles un mari ivrogne ne laissait, sur le produit de leur journée de labeur, que de quoi supporter en secret une effroyable misère (1).

C'est pour porter remède à cette situation que fut votée, la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage ; — disposition d'ordre public, à laquelle les conventions matri-

(1) On avait proposé d'appliquer l'art. 2 de la loi du 12 juillet 1895 qui interdit la cession de plus de 1/10 des salaires quel que soit leur taux et des traitements lorsqu'ils sont inférieurs à 2.000 francs, en considérant le mari qui dépense le salaire de sa femme comme le cessionnaire de celle-ci. C'était un ingénieux moyen que préconisait M. Thaller (*Réf. soc.*, 1^{er} déc. 1901, p. 61) pour faire échapper à la mainmise du mari les 9/10 du salaire. Mais une semblable doctrine était trop critiquable dans son principe et trop limitée dans ses applications pour pouvoir être suivie et la jurisprudence ne pouvait entrer dans cette voie étant donné l'article 1498 qui déclarait formellement biens de la communauté ce qui provient de l'industrie commune des époux.

moniales ne sauraient déroger, applicable sous tous les régimes à peine de nullité de toute clause contraire, la loi du 13 juillet 1907 donne à la femme mariée, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 du Code Civil donne à la femme séparée de biens : elle peut en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières, elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis.

Et, d'après le rapport de M. Guillici au Sénat, la loi nouvelle s'étend à toutes les femmes qui travaillent « qu'elles soient ouvrières, employées, professeurs, artistes, écrivains, fonctionnaires, commerçantes ou artisanes, du moment qu'elles se livrent à un travail séparé de celui de leur mari, elles peuvent se constituer une sorte de pécule sur les produits de leur travail personnel ».

Il n'a pas paru possible et il eût d'ailleurs été injuste de faire une distinction entre la femme dont le commerce a prospéré et qui se trouve, grâce à son intelligence, à la tête d'une importante maison, et celle qui travaille comme simple ouvrière ; l'une et l'autre avaient droit à la même protection.

Il n'était pas davantage possible de faire, dans les bénéfices commerciaux, la part du capital engagé et celle du travail.

Si bien que voilà la femme exerçant un travail séparé, en possession de sommes qui sont susceptibles de devenir considérables, voire même de capitaux qui lui appartenaient déjà avant qu'elle se livrât à sa profession.

C'est cet ensemble de biens soustraits à l'administration du mari qui constitue les biens réservés.

Et, par ailleurs, la question de savoir si la femme fait un commerce séparé de son mari dépend essentiellement des circonstances. Elle est abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux auxquels les traditions de la protection tutélaire des incapables (1), aussi bien que les déclarations formelles du législateur de 1907 recommandent l'interprétation la plus favorable à la femme.

De ce que la femme reçoit la libre disposition de ses biens réservés, fruits de son salaire, il ne s'ensuit pas que, pour exercer une profession ou pour se livrer à un commerce séparé, elle n'ait pas besoin de l'autorisation maritale.

A ce point de vue, rien n'est changé à l'état antérieur.

On a vu, sous l'empire du Code, les difficultés qui se présentent pour permettre à la femme de faire le commerce, au refus ou en l'absence du mari, et la solution admise par la jurisprudence, favorable à l'intervention de la justice. On a vu également, quant au choix d'une profession, que l'opinion qui semblait prévaloir ne permettait pas au magistrat d'autoriser la femme à quitter son foyer, sans l'assentiment de son mari ou en son absence, à moins qu'elle ne se trouvât ainsi privée d'un gagne-pain indispensable à ses besoins et à ceux de sa famille (2).

(1) Aussi il a été jugé que la femme qui exerce, au domicile conjugal, au vu et su de son mari, le commerce de modiste doit être considérée comme exerçant un commerce séparé (Trib. comm. St-Etienne, 25 juill. 1905, D. P. 1906.5.25).

(2) Lalou, Femme mariée, p. 40.

L'autorisation du mari ou de justice est toujours acquise, depuis comme avant 1907 (1).

La femme, il est vrai, pourra ester en justice, sans autorisation pour toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la loi du 13 juillet 1907 (art. 4), mais cette disposition, si elle dispense de recourir à l'autorisation du mari ou de justifier pour les contestations futures, à l'occasion du commerce, comme devait le faire antérieurement la femme commerçante, ne la dispense nullement de l'autorisation préalable pour exercer sa profession.

Mais cette confiance, qu'elle avait peut-être méritée au moment où son mari lui avait donné l'autorisation de se livrer à un travail séparé, il peut se faire que, dans la suite, la femme s'en montre indigne. Ces biens réservés que la loi a voulu soustraire à la dissipation possible du mari, il peut arriver que la femme, laborieuse et économe au début, devenue paresseuse et dépensière, les gaspille plus tard en folles dépenses ou en entreprises désastreuses.

C'est alors qu'intervient le magistrat.

C'est dans l'intérêt du ménage (art. 2) que ces pouvoirs ont été conférés à la femme mariée et « en cas d'abus, « notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de « mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le « retrait, soit en tout, soit en partie, par le tribunal civil « du domicile des époux, statuant en chambre du conseil,

(1) En ce sens, Aubry et Rau [Bartin] t. VII, n° 500, p. 449 en note, et p. 466, note 12: « Il est bien entendu que le mari peut toujours, comme il le pouvait avant la loi du 13 juillet 1907, révoquer l'autorisation qu'il avait donnée à sa femme ».

« en présence de la femme, ou elle dûment appelée, le
« Ministère Public entendu » (art. 2) (1).

« En cas d'urgence, le président du tribunal peut, par
« ordonnance de référé, lui donner l'autorisation de s'oppos-
« er aux actes que la femme se propose de passer avec
« un tiers ».

L'analogie entre cette intervention judiciaire, à la demande du mari, et l'action en séparation de biens, intentée par la femme, n'a pas échappé au législateur et la question a été posée, au cours des débats au Sénat, de savoir quelle serait, dans l'appréciation des faits constituant les « abus », la limite du pouvoir du magistrat.

En ce qui concerne la séparation de biens, les abus du mari ne sont pas énumérés par la loi. Ce sont les tribunaux qui disent si, dans l'administration de sa fortune ou dans sa conduite, il fait preuve d'un désordre suffisant pour qu'il y ait lieu d'accueillir la demande ; ils jouissent à ce point de vue, d'un pouvoir discrétionnaire et on a vu qu'ils ont su en user largement, pour étendre, jusqu'à ses extrêmes limites, le champ d'application de l'art. 1443. Or, on n'a pas voulu, pour le retrait des pouvoirs de la femme sur les produits de son salaire, laisser aux magistrats une liberté aussi absolument discrétionnaire.

D'une part, on a craint un chantage possible de la part du mari qui chercherait à se faire verser un pot de vin, à l'occasion d'une affaire avantageuse que sa femme serait

(1) La loi nouvelle suspend plutôt qu'elle n'abolit la puissance maritale. Colin et Capitant, t. I, p. 637.

sur le point de conclure, en la menaçant d'une action en justice, qui eût été trop facilement recevable (1).

Et d'autre part, on a voulu spécifier que l'on n'entendait pas seulement sanctionner les abus de dépenses, la dilapidation et la légèreté, mais encore la mauvaise administration de la femme. « Celle-ci, en effet, a pu sagement administrer sa fortune, faire des économies, bien gérer son pécule pendant de longues années, puis, sous l'empire de dispositions différentes, cesser d'être économe, entendue aux affaires, et se livrer à des dépenses exclusives, ce qui devient un abus; mais elle peut aussi se laisser entraîner, par imprudence ou par incapacité, à des opérations téméraires ou inquiétantes, autre forme d'abus » (2).

Et c'est à dessein, dans le double but de limiter et de définir l'intervention des juges que la rédaction de la loi de 1907 comporte l'énumération des diverses espèces d'abus pouvant donner lieu au retrait: la dissipation, l'imprudence ou la mauvaise gestion.

Quelque générales que soient les expressions employées, la discussion à laquelle a donné lieu le vote du texte et les explications fournies par le rapporteur ont suffisamment indiqué dans quel esprit les magistrats devaient accueillir de telles demandes.

Il est de toute évidence que le pouvoir souverain du magistrat, s'il subsiste encore, est tout au moins réduit, puisque la loi indique les trois générateurs ordinaires d'abus, dans ce cas. En présence de difficultés, le tribunal sera

(1) Sénat, 14 mai 1907, p. 628.

(2) Sénat, 14 mai 1907, p. 626.

donc prudent en usant de son pouvoir discrétionnaire d'une façon très modérée, c'est le vœu de la loi (1).

Et, par ailleurs, pour bien marquer son désir de ne voir enlever à la femme la libre disposition de son salaire que dans la mesure où cette déchéance est absolument nécessaire, la loi laisse aux juges le soin de décider s'il convient de lui retirer « tout ou partie » des pouvoirs qui lui sont conférés. Alors que, dans l'action en séparation de biens, le magistrat devait seulement statuer sur le rejet ou l'acceptation pure et simple de la requête, et se trouvait obligé, soit de maintenir le régime conventionnel existant, soit de placer les époux sous un régime fixé à l'avance, dont il ne pouvait, sous aucun prétexte modifier les règles ; dans l'action ouverte au mari par la loi du 13 juillet 1907, il peut, et même il doit, ne retirer à la femme que les droits dont elle abuse et dans la limite des abus qu'elle commet.

A ce point de vue, le rôle du magistrat est doué d'une souplesse qui permet à sa puissance tutélaire de s'exercer avec toute la modération et toute la délicatesse souhaitables en pareille matière, en adaptant sa sentence aux circonstances infiniment variées des causes qui sont soumises à son jugement.

Bien plus, l'article 10 de la loi prévoit que les jugements ainsi rendus pourront, même lorsqu'ils seront devenus définitifs, être modifiés, si la situation respective des époux le justifie.

C'est encore là une des manifestations de la tendance déjà

(1) F. Crevoisier, *Comment. des lois nouvelles*, sept. 1907, p. 533.

signalée de la législation moderne à laisser au magistrat, dans l'application des lois, une large marge qui lui permet, dans des limites extrêmes fixées à l'avance, de choisir la solution qui lui paraît la plus convenable à l'espèce particulière dont il a à connaître.

Tel est le rôle de la Chambre du Conseil, lorsqu'elle a à statuer sur une demande de retrait des droits conférés à la femme.

Or, de même que, pendant le mois qui s'écoulait entre les mesures de publicité exigées pour la demande en séparation de biens et le prononcé de tout jugement, le mari pouvait être tenté de soustraire des biens sur lesquels la femme allait reprendre ses droits, de même, dans l'espèce actuelle, la femme, avertie de la demande formée contre elle, peut-elle être tentée de se livrer à des opérations diverses sur son pécule, avant que la libre disposition lui en soit retirée.

Dans l'action en séparation de biens, on a vu la mission qui avait été confiée au président, relativement aux mesures conservatoires qu'il y avait lieu de prendre.

Ici, c'est encore le président qui donnera au mari l'autorisation de s'opposer aux actes que sa femme se propose de passer avec un tiers ; mais, ce n'est pas une simple ordonnance sur requête, rendue sans débat contradictoire, c'est une ordonnance de référé qui est exigée, de façon que la femme, dûment appelée devant le magistrat puisse y déduire les motifs qui la font agir et éviter ainsi une opposition malicieuse et injustifiée du mari. Le référé aura d'ailleurs lieu hors de la présence du tiers qui ne saurait être

que préjudiciable ; il suffira, le cas échéant, de lui signifier l'ordonnance.

§ 2. — *La saisie-arrêt des salaires*

Les deux modes d'intervention du magistrat qui viennent d'être examinés, celui qui concerne le retrait des droits de la femme sur les biens réservés et celui qui consiste à autoriser l'opposition aux actes que la femme se propose de passer avec les tiers, sont deux mesures, en faveur du ménage, dont l'initiative appartient au mari.

Il existe une troisième procédure dans laquelle intervient, cette fois, le juge de paix, c'est la saisie-arrêt des salaires. Ici, la mesure est réciproque ; elle est la conséquence logique des droits étendus laissés à la femme sur son libre salaire, elle est aussi une mesure de protection pour la femme laissée sans ressources.

« Faute par l'un des époux, dit l'art. 7 de la loi du 13
« juillet 1907, de subvenir spontanément, dans la mesure
« de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux
« pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari l'au-
« torisation de saisir-arrêter et de toucher, des salaires ou du
« produit du travail de son conjoint, une part en proportion
« de ses besoins ».

Plus que jamais, en pareille matière, la mission du juge est une mission de conciliation.

C'est le vœu de la loi qui la confie au juge de paix, dont la conciliation est le rôle ordinaire, et qui ordonne (art. 8 al. 2) ; que les époux comparaitront en personne, afin que l'entrevue conserve le caractère familial que lui enlèverait

la présence d'un représentant. Il faut, dans l'intérêt du ménage que le juge puisse faire des efforts effectifs pour empêcher le divorce dont de pareilles actions ne sont que trop souvent le prélude.

Quant aux pouvoirs du juge de paix, aucune limite n'est fixée par la loi : il condamnera l'époux en faute, dans la double mesure de ses ressources et des besoins de son conjoint et du ménage, autrement dit, le défendeur sera tenu suivant la formule « quantum ego possum et tu indiges ».

Il faut et il suffit simplement que les besoins de l'époux demandeur aient trait à l'entretien du ménage et que la saisie-arrêt porte sur les salaires du conjoint.

La question se présente, dans la plupart des cas sous la forme d'une rupture de fait de la société conjugale par l'un des époux, l'autre conjoint réclamant alors des aliments pour lui-même et parfois pour les enfants nés du mariage. Des controverses se sont élevées sur l'application de la loi de 1907, dans ce cas. Une décision du tribunal de Boulogne (1) avait décidé que la saisie-arrêt, étant une mesure prise dans l'intérêt du ménage, n'avait pas lieu de s'appliquer lorsque le ménage était dissous en fait, mais la Cour de Cassation n'a pas admis cette manière de voir contraire à l'esprit de la loi et aux travaux préparatoires et elle a décidé que, même dans le cas de séparation de fait, si le ménage n'existait plus à proprement parler, le mariage subsistait encore et que le juge de paix devait se

(1) Trib. de Boulogne, 1^{er} mars 1908, D. P. 1909.2.17.

déclarer compétent et statuer au fond, sauf à rejeter, s'il y avait lieu, la demande (1).

Le rôle du juge de paix, en pareille occasion, est de rechercher si l'abandon du ménage est le fait du demandeur ou du défendeur et il n'y a aucune raison de priver l'époux demandeur de l'action rapide que lui ouvre la loi de 1907, particulièrement lorsque la rupture de fait est imputable à son conjoint.

Il y a même au contraire, dans ce cas, une raison toute spéciale de ne pas la lui refuser, c'est que, peut-être, l'exercice de cette sorte de contrainte aura pour effet de faire réintégrer à l'époux en faute le domicile conjugal (2).

On a vu, quant au montant de la condamnation, que le pouvoir du juge de paix ne connaissait d'autres limites que les besoins du demandeur et les ressources du défendeur; cela n'est vrai, bien entendu, qu'au cas où aucun jugement antérieur d'un tribunal n'aura fixé la pension alimentaire. S'il en est autrement, il va sans dire que le juge de paix devra tenir compte du jugement rendu, pour fixer la part contributive du défendeur et le montant des salaires à saisir-arrêter au profit du demandeur.

(1) Cass., 1^{er} fév. 1909, D. 1909.1.85.

(2) Pareille solution dans le cas où la femme mariée, en instance de divorce, et pourvue d'une récidive distincte, réclame des aliments à son mari: il a été jugé que tant que le divorce n'est pas prononcé par décision passée en force de chose jugée, la femme peut, à son choix, soit se pourvoir devant le tribunal civil de la demande en divorce, soit, conformément aux art. 7 et suivants de la loi du 13 juillet 1907, devant le juge de paix à l'effet, dans ce dernier cas de faire saisir-arrêter les produits du travail de son mari et de se les faire attribuer dans la mesure fixée par le jugement d'autorisation (Trib. de Châlons-sur-Saône, 10 mai 1909, D. P. 1910.2.9).

Tel est, relativement à la femme qui travaille, le rôle protecteur du magistrat.

La loi du 13 juillet 1907 est le résultat d'une juste réaction contre les pouvoirs exagérés du mari dans le régime de communauté, en particulier, qui est le régime des classes laborieuses.

Les dangers, pour la femme, de l'étroite subordination où elle est placée par le régime légal français doivent amener le législateur à étendre un jour à toutes les femmes, quelles qu'elles soient, les dispositions de faveur dont la loi de 1907 ne marque qu'une étape. D'ailleurs « il résulte de cette législation spéciale, qu'une femme mariée est, tantôt capable, « tantôt incapable, situation boiteuse compliquée et qui conduira fatalement, croyons-nous, à l'abolition totale de l'incapacité » (1).

Notre vieille conception française du mariage était celle de la société conjugale dirigée par un chef : le mari. Si ce chef se montrait indigne de ses pouvoirs, la puissance publique, représentée par le magistrat les lui retirait, du moins en partie. Le juge avait d'ailleurs compris sa mission de la façon la plus favorable à la femme, légalement incapable.

Or, le législateur moderne, entraîné par l'évolution des mœurs et les transformations sociales si souvent signalées, tend à accorder à la femme, dans le droit, l'égalité sur laquelle elle se place, vis-à-vis de l'homme, dans le labeur.

Sa sollicitude a été d'abord à la femme qui travaille parce que sa contribution aux charges du ménage apparaît de façon

(1) Colin et Capitant, t. I, p. 620.

plus matérielle et les abus du mari se manifestent sous un aspect plus choquant et plus brutal.

Et, dans ce ménage soustrait à l'autorité du chef, le magistrat se conçoit comme un arbitre, seulement, par un remarquable phénomène, en même temps que l'on proclame l'égalité des époux dans la société conjugale, on fait revivre la notion de l'incapacité de la femme à raison de son infériorité morale, notion que l'on avait abandonnée depuis si longtemps : il faut bien reconnaître, en effet, que le retrait des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés ne peut s'expliquer que par une résurrection de la vieille idée de son incapacité naturelle.

Et alors, c'est au magistrat, représentant de l'Etat, au nom de l'intérêt du ménage, c'est-à-dire au nom d'un intérêt social, qu'incombe la mission de la placer à nouveau sous la tutelle maritale dont ses abus révèlent l'impérieuse nécessité.

CHAPITRE III

Régime dotal

On a signalé déjà, combien il était bizarre que, dans le système matrimonial français de la communauté, qui constitue en droit, le statut légal des gens mariés et qui est, en fait, le régime de la presque totalité des mariages, on ait reconnu compétence au mari pour protéger sa femme alors qu'en exerçant cette autorité il est, en réalité « auctor in tem suam », ce qui est contraire à la théorie même de la protection des incapables.

Or, il arrive que cette protection de la femme par le mari, même au cas où l'affaire ne le concerne pas, risque, presque toujours d'être très insuffisante puisqu'il n'y a que trop d'exemples où c'est lui-même qui pactise avec elle.

Et c'est précisément pour parer à ce danger que le régime dotal établit le principe de l'inaliénabilité de la dot: « Ne fragilitas sexus, comme le disait Justinien, in perniciem substantiæ earum converteretur ».

Seulement, ici comme ailleurs, le Code ne s'est préoccupé que des immeubles, la jurisprudence a fait le reste pour la dot mobilière.

I. — INALIÉNABILITÉ DES IMMEUBLES DOTAUX

§ 1^{er} — *Déroptions au principe d'inaliénabilité*

Déroptions légales. — Les immeubles constitués en dot ne peuvent être ni aliénés, ni hypothéqués, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, tel est le principe fondamental que proclame l'article 1554.

Mais, comme une inaliénabilité absolue eût pu produire des résultats contraires au but poursuivi, qui était de garantir la conservation de la dot, tout en lui assurant un emploi conforme à sa destination, force a bien été au législateur de s'en remettre au pouvoir tutélaire des magistrats pour lever, dans certains cas, la prohibition légale.

Ces cas, il les a limitativement énumérés suivant le procédé législatif de l'époque, qui répugnait à laisser au juge une trop grande latitude d'appréciation et qui ne voulait voir, dans les tribunaux, que des instruments destinés à appliquer, dans des circonstances bien déterminées et prévues, des dispositions précises.

C'est d'abord, pour les aliénations à titre gratuit, l'établissement des enfants d'un premier lit, il y faut ajouter aujourd'hui, depuis la loi du 19 mars 1919, les dons à certaines œuvres charitables pour la femme âgée de plus de 45 ans et lorsque le ménage est sans enfants.

Ce sont ensuite pour les aliénations à titre onéreux les cas prévus par l'article 1558 pour la vente: « tirer le mari de « prison; fournir des aliments à la famille, dans les cas « prévus par les art. 203, 205, 206 du titre du mariage;

« payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué
« la dot, lorsque ces dettes ont date certaine antérieure au
« mariage; faire de grosses réparations pour la conservation
« de l'immeuble dotal; procéder à la licitation, lorsque l'im-
« meuble est indivis avec des tiers, et qu'il est impartagea-
« ble ».

C'est enfin la disposition de l'art. 1559 pour l'échange de l'immeuble dotal « avec le consentement de la femme contre un autre immeuble de même valeur pour les 4/5 au moins... ».

Il est bien entendu que le tribunal, dans chaque hypothèse, doit vérifier avec soin, non pas seulement, ce qui va de soi, si la raison alléguée rentre dans un des cas prévus par les articles 1555 et suivants, mais encore et surtout si la raison alléguée est justifiée, car il n'est que trop fréquent que des époux, mariés sous le régime dotal, et pour des motifs qui n'étaient que trop fondés, cherchent, par tous les moyens, à se dégager des liens que la puissance parentale leur avait imposés. Leurs stratagèmes le plus souvent usités consistent justement à alléguer une raison rentrant en effet dans les prévisions de la loi, mais, en fait, ne correspondant en rien à une réalité véritable.

Il y a là, pour la jurisprudence, un rôle de vigilance toute spéciale au régime dotal, puisque ce n'est plus seulement contre la mauvaise volonté du mari que sont dirigés les soupçons, mais contre la coalition même des époux qui cherchent, dans un commun accord, à éluder leurs conventions matrimoniales et à se ruiner ensemble (1).

(1) Aubry et Rau [Bartin] t. VIII, p. 566, note 30, n° 537 bis.

Au point de vue de la procédure, c'est la femme qui demande à la justice l'autorisation d'aliéner ; la requête est présentée au président du tribunal du domicile des époux qui ordonne communication au Ministère Public et commet un juge pour faire le rapport, le procureur de la République donne ses conclusions au bas de l'ordonnance (art. 997, Proc. civ.).

On s'est demandé si la femme pouvait se passer du concours de son mari. Pareille thèse a été soutenue (1) : mais la jurisprudence, précisément à cause du caractère tout spécial de son intervention a reconnu au contraire qu'il importait, au plus haut degré, que le mari fût entendu pour que ses observations pussent éclairer la justice sur les véritables intérêts du ménage (2).

Sans doute, si le mari refuse son consentement, le magistrat pourra-t-il passer outre à son refus, dans ce cas d'ailleurs, il ne pourra jamais autoriser que la vente de la nue-propriété, mais il ne faut, avant tout, pas perdre de vue que, dans la majorité des circonstances, le mari et la femme, loin d'être en conflit, s'entendent ensemble pour échapper à la prohibition d'aliéner et pour arracher au tribunal, par tous les subterfuges possibles, l'autorisation de se procurer de l'argent.

C'est pourquoi d'ailleurs l'autorisation doit être spéciale, car c'est à cette condition seulement que les magistrats peuvent véritablement remplir le rôle de protection que le législateur leur a confié ; une autorisation générale ne serait

(1) Toullier, t. XIV, 197 et 198.

(2) Ch. du Cl. de la S., 3 juin 1853. Bertin, t. II, n° 1143.

plus une mesure de protection mais une abdication de la mission de la justice (1).

La jurisprudence, après s'être montrée fort rigoureuse dans l'application des dérogations au principe d'inaliénabilité de l'article 1558, est devenue aujourd'hui excessivement large dans ses appréciations et elle a singulièrement étendu le sens de ces exceptions.

Ainsi, après avoir été, au milieu du siècle dernier jusqu'à refuser, ce qui était abusif et inhumain, d'autoriser l'aliénation pour le paiement de dettes alimentaires (2), risquant de réduire par là même à la famine la femme dotale, on va aujourd'hui jusqu'à étendre l'exception relative aux aliments à des cas où elle est invoquée pour de toutes autres opérations destinées à faire vivre la famille et à lui procurer des ressources en conservant par exemple au mari un établissement industriel, en permettant la transformation ou la mise en culture d'un domaine rural, en évitant une catastrophe commerciale (3).

De même, en ce qui concerne les autorisations d'aliéner le fonds dotal pour payer de grosses réparations, les magistrats admettent aujourd'hui que l'autorisation peut être accordée pour faire des améliorations si ces améliorations sont destinées à procurer des ressources à la famille.

Il faut voir encore, dans cette interprétation libérale des textes, que se permet la jurisprudence moderne, une adaptation progressive aux nécessités économiques si profondément

(1) Art. du C. de la S., 14 avril 1848, 12 mai, 25 juill. 1849. Bertin, *cit loc.*

(2) Cass., 4 juin 1904, D. 1904.1.551. Planiol, t. I, p. 274.

(3) Cass., 2 mai 1898, D. 98.1.367.

différentes aujourd'hui de ce qu'elles étaient, il y a quelque soixante ans, mais elles ne constituent, à la vérité un assouplissement désirable du régime dotal qu'à la condition expresse de ne pas servir de prétexte à un affranchissement complet de sa protection, souvent si gênante, auquel aspirent tant d'époux avides de se procurer frauduleusement des ressources.

D'ailleurs, quelque libérale qu'ait été l'interprétation des magistrats, nul doute que leur pouvoir ne saurait leur permettre d'autoriser des aliénations dans des cas qu'ils ne pourraient assimiler aux hypothèses prévues par les articles 1555 et suivants; et, quelque choquante que puisse paraître l'annulation d'une vente qui aurait été conclue, dans de semblables conditions, avec l'autorisation de justice, il ne faut pas perdre de vue que cette autorisation est un acte de juridiction gracieuse, qui ne saurait se produire en dehors des cas prévus par la loi et que la nullité devrait être prononcée. L'application rigoureuse du principe présente pourtant de tels dangers pour l'acquéreur, qui a traité sous la foi du jugement, que la jurisprudence a cru devoir en atténuer la rigueur; elle y est parvenue en faisant une distinction entre les deux espèces d'erreurs qu'a pu commettre le tribunal: erreur de droit, erreur de fait. Le tribunal a-t-il accordé l'autorisation d'aliéner en dehors des cas prévus, il y a erreur de droit, la nullité doit être prononcée (1), au contraire, cette autorisation d'aliéner a-t-elle été arrachée

(1) Req., 25 janv. 1887, D. P. 87.1.473, S. 90.1.434; 4 nov. 1890, D. P. 92.1.287, S. 95.1.490; 11 déc. 1895, D. P. 96.1.468, S. 97.1.237; Montpellier, 15 janv. 1912. — Colin et Capitant, t. III, p. 328.

aux juges par des manœuvres frauduleuses des époux qui ont faussement prétendu être dans un cas prévu, il y a erreur de fait, l'aliénation reste valable (1).

« On comprend sans peine, les raisons qui justifient cette distinction. Le tiers acquéreur peut, avec quelque attention, s'apercevoir de l'erreur de droit commise par le jugement tandis qu'il lui est impossible de rechercher si les époux ont caché la vérité au tribunal en demandant l'autorisation d'aliéner. Ajoutons que, dans ce second cas, la dissimulation commise par les époux constitue une faute dont il serait injuste que le tiers supportait les conséquences » (2).

Dérogations conventionnelles. — Mais, les époux ont pu, par leur contrat de mariage, la loi leur en reconnaît le droit, (art. 1557) se réserver la faculté d'aliéner l'immeuble dotal sous certaines conditions qu'ils sont libres de déterminer, et on a vu se produire des cas où, dans le contrat de mariage lui-même, les époux se réservaient le droit d'aliéner l'immeuble dotal sous réserve d'une homologation judiciaire.

Une telle clause tendrait à transformer les magistrats de l'ordre judiciaire en des sortes de conseillers de l'ordre économique, voire même financier des familles, rôle singulièrement périlleux, que la jurisprudence repousse à bon droit. Les magistrats tenant leurs pouvoirs de la loi seule, il n'appartient pas aux particuliers de les étendre ou de les res-

(1) Req., 20 juin 1877, D. P. 79.1.420, S. 80.2.29. Civ., 18 juill. 1906, D. P. 1907.1.11, S. 1912.1.856. — Colin et Capitant, *loc. cit.*

(2) Colin et Capitant, t. III, p. 329.

treindre ni de conférer aux juges des obligations auxquelles ils ne sont pas légitimement assujettis (1).

Il peut cependant arriver que le tribunal ait à se prononcer, au contentieux, sur l'appréciation de la clause du contrat de mariage par laquelle les époux se sont réservé la faculté d'aliéner l'immeuble dotal.

La jurisprudence interprète alors toujours d'une façon restrictive ces dérogations individuelles à la règle de l'inaliénabilité de l'article 1554 et à l'esprit général du régime qui l'a conduite par ailleurs à considérer la dot mobilière comme inaliénable elle-même.

C'est ainsi que le droit d'hypothèque n'est pas reconnu à ceux qui se sont réservé le droit d'aliéner, ni le droit d'aliéner la dot mobilière à ceux qui se sont réservé celui d'aliéner les immeubles (2).

La situation est toute différente de celle qui se présentait lorsqu'il s'agissait d'autoriser l'aliénation du fonds dotal par application des dispositions exceptionnelles de l'art. 1558: le magistrat n'est plus appelé à faire acte de juridiction gra-

(1) Ch. du Cons. de la S., 30 mars 1863. Bertin, Ch. du Conseil, t. II, p.

(2) Les juges du fond n'interprètent souverainement les clauses dérogeant à l'inaliénabilité qu'en tant qu'il s'agit de donner un sens précis à une formule équivoque, ambiguë, leur interprétation, dans ce cas échappe à la révision de la Cour de Cassation car celle-ci n'apprécie pas les faits; mais s'il s'agit de fixer le sens d'expressions légales telles que aliéner, hypothéquer, l'interprétation cesse d'être une recherche de la volonté des parties le juge résout une question de droit et tombe sous le contrôle de la Cour Suprême.

Par exemple: la décision qui admettrait que l'expression aliéner comprend non seulement le droit de vendre mais celui d'hypothéquer, violerait le principe que toute dérogation s'interprète restrictivement et tomberait sous la censure de la Cour suprême. Req., 1^{er} juill. 1900, S. 1912.1.177. — Voir Colin et Capitant, t. III, p. 113.

cieuse en faveur du ménage, il a à statuer au contentieux, pour vérifier si les époux se sont strictement conformés aux clauses de leur contrat, qui sont des dérogations au droit commun et il agit dans le sens de la protection de la dot lorsqu'il annule des aliénations qui excèdent les réserves que les époux ont eux-mêmes formulées.

Il importe avant tout de ne pas permettre que l'on fasse servir, par des combinaisons frauduleuses, les clauses d'inaliénabilité du contrat de mariage à des usages différents de ceux pour lesquels elles ont été dictées et qu'on parvienne ainsi à gaspiller la dot; et c'est en parfaite conformité avec la tendance qu'elle manifeste vers une extension de plus en plus grande du principe d'inaliénabilité que la jurisprudence donne une interprétation très restrictive des clauses contractuelles et qu'elle étend à la fois, au contraire les exceptions légales, parce que la dot reçoit alors un emploi conforme à sa destination (1).

Comme l'a dit M. Bartin (2): « la jurisprudence envisage la dot comme un petit patrimoine exclusivement affecté à une destination précise, l'intérêt de la famille, intérêt tout à fait distinct de celui de la société conjugale et du ménage proprement dit. D'où il suit que l'affectation des valeurs dotales au salut de la famille qui traverse une crise, quelle que soit la nature de cette crise et quelle que soit la forme de cette crise, reste en harmonie parfaite avec la destination et, par conséquent la nature juridique de la dot ».

(1) Colin, Thèse p. 228, en note dans Planiol, t. III, p. 292. — Colin et Capitant, t. III, p. 323.

(2) Motisous, Civ., 18 août 1900, D. P. 1901.1.145. — Colin et Capitant, t. III, p. 323. — Aubry et Rau [Bartin] t. VIII, p. 465.

§ 2. — *Du emploi*

La plupart des contrats de mariage qui autorisent l'aliénation des biens dotaux subordonnent cette aliénation à l'obligation du emploi.

En pareil cas, le tiers acquéreur, qui est menacé du recours éventuel de la femme, si le emploi n'est pas effectué, est tenu d'en surveiller l'accomplissement et, tant qu'on ne lui en apporte pas la justification, il a le droit de retenir son prix.

Or, la pratique a révélé que cette garantie devenait illusoire si on ne prenait pas des précautions (1).

Les époux, qui ont besoin de se procurer de l'argent malgré les entraves de leur contrat de mariage, cherchent, par tous les moyens, à tourner les difficultés que la loi leur oppose pour les empêcher de se ruiner, et ils trouvent, pour les aider, des agents peu scrupuleux qui se font une spécialité de ces sortes de fraudes au régime dotal.

Les combinaisons auxquelles on a recours sont nombreuses, c'est, entre autres, le emploi sous la forme d'un terrain ou d'une affectation hypothécaire d'une valeur notablement inférieure à la valeur dotale aliénée, mais que l'on présente en emploi pour une valeur égale, la différence étant payée de la main à la main, après rémunération des intermédiaires peu scrupuleux qui prêtent leurs bons offices à ce genre d'opérations.

Et, en fait, serait devenue vaine toute la protection du régime dotal, si la jurisprudence n'avait déjoué les manœu-

(1) Colin et Capitant, t. III, p. 263.

vres par lesquelles les époux complices essayent de se soustraire à son encombrante protection.

Aussi fût-elle amenée de bonne heure à admettre que le tiers acquéreur devrait, avant de verser son prix, sous peine de voir annuler l'aliénation, ou même d'avoir à payer une seconde fois, se faire apporter la justification d'un emploi utile, c'est-à-dire dont la valeur fût en proportion de la somme employée et à l'abri de toute chance d'éviction (1).

Mais il a fallu aller plus loin : Comme, en semblable circonstance, il y a lieu de craindre, aussi bien la ruine du mari que l'insolvabilité des tiers qui ont prêté leurs concours, les tribunaux ont été conduits à considérer, comme responsables du remploi, les officiers publics, chargés de la manipulation des deniers dotaux, auxquels leur qualité de mandataires salariés nécessaires apparaît comme faisant une obligation de prendre toutes les mesures utiles, afin que les fonds provenant de la négociation d'une valeur dotale, dont l'aliénation n'est permise qu'à charge de remploi, reçoivent la destination prévue.

Et c'est ainsi que plusieurs arrêts ont consacré, en termes exprès, la responsabilité, qui pèse sur l'agent de change, comme d'ailleurs sur tous les détenteurs de deniers dotaux, d'assurer le remploi dans les conditions prévues au contrat de mariage (2). Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1891 (3) qui a dé-

(1) Bordeaux, 1^{er} déc. 1847, D. 49.5.340.

(2) Rouen, 7 avril 1886, D. P. 88.2.45. Toulouse, 10 déc. 1889, D. 90.2.211.

(3) Cass. 7 juin 1891, D. P. 92.1.185, et note sous l'arrêt.

fini de la façon suivante l'étendue des obligations de l'agent de change : il doit veiller, lui-même, à l'accomplissement du remploi, s'il a recours à un intermédiaire et s'il verse les fonds entre les mains, soit du mari, soit d'un notaire, c'est à ses risques et périls ; l'agent de change est responsable du détournement commis par le mandataire qu'il a choisi et il exciperait en vain de ce qu'il a été autorisé par les époux eux-mêmes à procéder ainsi, la femme mariée sous le régime dotal et son mari ne pouvant donner une autorisation de ce genre (1).

La responsabilité que ces arrêts consacrent à la charge de l'agent de change a été, par ailleurs, étendue au notaire, alors même qu'il ne serait pas prouvé qu'il eût prêté sciemment son ministère à l'accomplissement d'une fraude, mais par le seul fait de la faute lourde qu'il a commise de ne pas s'enquérir de la nature de l'acte passé en son étude.

Ce principe a été admis par un arrêt de la Cour de Paris à l'occasion d'un remploi fait au nom d'une femme dotale sous la forme d'un placement hypothécaire sur un fonds de valeur notablement inférieur dont l'examen des titres de propriété devait suffire à révéler l'insuffisance, en faisant apparaître la fraude. Le notaire avait pris soin de faire déclarer aux parties qu'elles déchargeaient sa responsabilité. Il fut fait bon compte de cette renonciation, évidemment non oppo-

(1) L'agent de change peut d'ailleurs, pour mettre sa responsabilité à couvert, dans le cas où la complexité des clauses du contrat de mariage a fait naître dans son esprit de légitimes préoccupations sur leur portée, ne se dessaisir des fonds qu'autant qu'il y est condamné à la requête des époux, sans que cette obstination puisse lui être imputée à faute et fasse naître de ce chef une responsabilité à sa charge. — Aubry et Rau [Bartin] t. VIII, n° 537, p. 541, et Cassation, 23 oct. 1906, S. 1909.1.358.

sable à une femme dotale, que le devoir du notaire était, avant tout, de protéger contre ses propres entraînements et la réparation du dommage fut mise pour le tout à la charge de l'emprunteur et du notaire, l'un coupable de fraude, et l'autre coupable de faute pour avoir prêté son concours à un acte fait en fraude de la loi (1).

Il y a lieu de constater, ici, la protection auxiliaire d'un genre spécial que le magistrat est parvenu à assurer à la femme mariée, en associant à sa mission tutélaire la surveillance des officiers ministériels auxquels les parties doivent obligatoirement avoir recours, cette garantie supplémentaire attachée à la vigilance intéressée des notaires et des agents de change devant neutraliser à l'avance et de façon singulièrement efficace les essais de fraude à la protection légale.

Une réaction devait naturellement se faire sentir dans la pratique de la part des notaires, peu soucieux de voir leur responsabilité aggravée de la sorte. Une clause actuellement usitée dans les contrats de mariage adoptant le régime dotal ajoute que l'agent de change et le notaire ne seront tenus que de la matérialité de l'emploi et ne seront pas responsables de son utilité. L'interprétation de telles clauses donne lieu à des décisions divergentes (2).

(1) Paris, 15 mars 1895, D. P. 96.1.145. — Il y a ceci de remarquable dans une semblable solution c'est que les coauteurs du dommage sont tenus l'un à cause d'un délit, l'autre à cause d'un quasi délit du moment qu'il est impossible de discerner la part de chacun d'eux dans le résultat produit, les condamnations peuvent être prononcées « in solidum ». Note de M. Flaniol sous l'arrêt. Voy. Colin et Capitant, t. III, p. 317 et Req., 16 fév. 1910, D. P. 1912.1.183, S. 1920.2.557.

(2) Paris, 30 déc. 1903, D. P. 1905.2.107 et Toulouse, 8 fév. 1904, D. P. 1906.2.209. — Colin et Capitant, t. III, p. 285.

Il est pourtant incontestable que de semblables stipulations, si elles devaient devenir de style, feraient perdre à la protection de la dot une des plus sûres garanties que la jurisprudence ait imaginé dans l'exercice de sa mission tutélaire en faveur de la femme (1).

II. — LA DOT MOBILIÈRE

§ 1^{er}. — *L'inaliénabilité de la dot mobilière*

Si on s'en était tenu à l'interprétation des textes, nous n'aurions pas à parler de l'intervention de la justice dans l'aliénation de la dot mobilière, car elle serait sans aucun doute aliénable par la femme avec l'autorisation de son mari.

Et, d'autre part, il est probable qu'on eût consacré la défense au mari de l'aliéner puisque la dot mobilière appartient en propriété à la femme; le mari n'eut pu aliéner que dans trois cas, savoir: les choses consommables, les choses destinées par leur nature à être vendues, les choses apportées avec estimation, car chacun sait qu'à l'égard des choses mobilières « *æstimatio facit venditionem* ».

Il n'y a pas de doute que cette interprétation était la seule satisfaisante.

En sa faveur militent des arguments décisifs:

D'abord la tradition romaine où les textes relatifs à l'inaliénabilité se rapportent aux seuls immeubles, depuis la loi

(1) En tous cas, la Cour de Cassation décide que les juges du fond ont un pouvoir souverain pour interpréter ces clauses et en déterminer la portée, Civ., 28 janv. 1907, D. P. 1910.1.97.

Julia qui n'avait statué que « de fundo dotali », jusqu'au droit de Justinien où la défense d'aliéner n'était faite que pour les « prædia » (1).

C'est ensuite l'esprit de la grande majorité des pays de droit écrit, où notre ancien droit français atteste la survivance du principe romain. Et si, au xvi^e siècle, à Bordeaux, à Toulouse et en Provence, quelques Parlements s'en sont éloignés, les travaux préparatoires ne laissent guère de doute sur l'intention du législateur de 1804 de revenir à la pureté du droit primitif, dont l'usage avait pu quelquefois s'écarter.

C'est encore l'intitulé de la section II du chapitre III du titre du contrat de mariage, où le Code civil a pris soin d'opposer aux mots « biens dotaux » qui concernent les droits du mari, les termes « fonds dotal » en ce qui touche l'inaliénabilité.

C'est enfin la rédaction de l'article 1554, où il n'est question que des immeubles dotaux et nullement des valeurs mobilières.

Et ces deux derniers arguments prennent un relief d'autant plus saisissant qu'à l'époque de la Révolution française, le principe fondamental était celui de la libre circulation des biens et qu'on sait quelle importance les doctrinaires de cette époque attachaient à ce dogme.

En cet état, il n'y avait aucune place pour une discussion et les quelques raisons que la jurisprudence va invoquer pour justifier l'inaliénabilité de la dot mobilière sont bien

(1) Paraphrase de Théophile sur le præmium du Liv II, tit. VIII des Institutes. — Planiol, t. III, p. 279.

peu de chose en face de la robuste phalange des puissants arguments qui précèdent.

Ce sont les décisions isolées de quelques Parlements comme ceux de Toulouse ou de Bordeaux, sur l'abandon desquelles les travaux préparatoires ne permettent guère de douter ou encore quelques rapprochements de mots que l'on trouve dans les règles de l'usufruit ou dans le Code de procédure (1).

A la vérité il fallait couvrir d'une justification légale la construction d'un système que l'on cherchait, en réalité à bâtir de toutes pièces, avec des matériaux nouveaux.

Il était devenu indispensable de suppléer à la défaillance pratique de la protection légale, puisque les profondes transformations économiques survenues, avaient substitué dans la composition des patrimoines et, plus encore, dans la constitution des dots, des biens mobiliers aux biens immobiliers.

Les dots se trouvant constituées de biens mobiliers, il arrivait, qu'en fait, il n'y avait plus de régime dotal.

C'est alors que la jurisprudence, soucieuse d'assurer à la femme mariée sous ce régime une protection que la loi ne lui garantissait plus, et, sans attendre une réforme législative qui eût été nécessaire, a progressivement construit un système juridique nouveau, qu'ont consacré définitivement deux arrêts de la Cour de cassation l'un du 2 janvier 1837, et

(1) On a fait valoir notamment:

1° Les expressions « biens dotaux » employés par les art. 1555 et 1556, C. civ.

2° L'emploi du mot « fonds » par l'art. 612 qui a trait à l'usufruit et qui se rapporte aux meubles aussi bien qu'aux immeubles.

3° L'art. 83 du C. de Proc. qui ordonne les communications au Ministère Public des causes intéressant les femmes dotales sans spécifiés s'il s'agit des meubles ou des immeubles.

l'autre des Chambres réunies du 14 mars 1846 (1), et qui rend la dot mobilière inaliénable entre les mains de la femme (2).

Il faut par ailleurs remarquer que ce qui est défendu à la femme, c'est, non seulement d'aliéner les objets mobiliers, mais encore d'abandonner directement ou indirectement, gratuitement ou non les voies de recours qui lui sont ouvertes pour la restitution de sa dot.

Mais la jurisprudence a reculé devant les conséquences qu'auraient eues, pour les valeurs mobilières, la proclamation du même principe d'inaliénabilité vis-à-vis du mari : les valeurs mobilières sont sujettes à des fluctuations qui rendraient périlleuse la défense absolue d'aliénation, défense qui souffre déjà quelques difficultés quand il s'agit d'immeubles dont le caractère de stabilité justifie pourtant bien davantage la conservation prolongée dans un patrimoine.

Aussi, tandis qu'elle déclarait la dot mobilière inaliénable entre les mains de la femme, la jurisprudence fut-elle conduite à autoriser le mari à aliéner librement les valeurs mobilières dotales.

Et, pour lui reconnaître ce droit d'aliénation sur des valeurs relativement auxquelles, il n'a, de nos jours, que des droits d'administrateur, on a allégué que le mari avait con-

(1) Cass., 2 janv. 1837, D. 37.1.135 et 14 mai 1846, D. 47.1.27.

(2) Voir Aubry et Rau [Bartin, 1916] t. VIII, p. 530, note 6, n° 537 bis. La considération qui a servi de guide à la jurisprudence ne justifie pas sans doute ses décisions « au point de vue de l'interprétation rigoureuse de la loi », mais elle les explique du moins sous le rapport des exigences pratiques.

servé, même en cet état, les pouvoirs qui étaient connexer au droit de propriété qu'il avait autrefois sur la dot (1).

Ainsi, le système de la jurisprudence aboutit à cette solution assez étrange de refuser d'une part à la femme le droit d'aliéner, avec l'autorisation de son mari, des valeurs mobilières dotales qui lui appartiennent, et, de permettre d'autre part au mari d'aliéner librement ces mêmes valeurs au nom de ses pouvoirs d'administration (2).

La pratique réagit d'ailleurs immédiatement, par l'adjonction, au contrat de mariage, d'une clause qui est devenue de style, dans les études de notaires, clause par laquelle le pouvoir du mari est subordonné à l'obligation du remploi (2).

Cette heureuse adaptation au régime qu'avait élaboré la remarquable hardiesse de la jurisprudence a fini par édifier un système, dont l'efficacité est tout aussi complète que celle qui résultait des dispositions précises du Code civil pour les immeubles. Et, il faut faire observer au surplus que cette obligation de remploi, que le système de la jurisprudence permet d'imposer, par contrat de mariage, à titre de limitation des pouvoirs du mari administrateur de la dot, il eût été impossible de l'imposer à la femme comme limitation à sa capacité, si on s'en était tenu au système de l'interprétation logique des textes, qui conduisait à lui reconnaître le droit d'aliéner, avec l'autorisation maritale, la dot mobilière dont elle est propriétaire : s'il appartient, en effet aux particuliers de limiter les pouvoirs d'administration de quel-

(1) Cependant aucun arrêt n'a jamais permis au mari de disposer des meubles dotaux à titre gratuit. — Colin et Capitant, t. III, p. 382.

(2) Voy. Colin et Capitant, *loc. cit.*

qu'un sur les biens d'autrui, il ne leur appartient pas de modifier la capacité des personnes, que la loi a déterminée.

D'ailleurs, l'aliénation faite par le mari des valeurs mobilières dotales, valable en principe, sauf le recours de cette dernière au moyen de son hypothèque légale, qui seule est inaliénable, doit être déclarée nulle lorsqu'elle a eu pour but de dépouiller la femme de sa fortune mobilière, au moyen de manœuvres dolosives, et que le tiers, auquel cette aliénation a été consentie, a été complice de la fraude (1). Juste sollicitude du magistrat, qui s'exerce ici pour limiter à la bonne foi les droits de chef du mari, et dont n'ont pas à s'alarmer les tiers, car il est formellement spécifié qu'il ne suffit pas, pour qu'ils puissent être inquiétés, que l'aliénation de l'objet dotal constitue un acte de mauvaise administration; (l'usage inintelligent que le mari fait de son autorité n'engageant que sa responsabilité, garantie par l'hypothèque légale), mais qu'il faut que les tiers eux-mêmes soient complices de la fraude. « *Fraus omnia corrumpit* ».

§ 2. — *Représentation de la dot par les paraphernaux*

Etant admis cette théorie de la jurisprudence au sujet de la dot mobilière, il eût été très logique et presque sans inconvénient d'admettre que lorsque la dot mobilière était transformée en immeubles, ceux-ci devenaient dotaux et, comme tels, se trouvaient soumis à toutes les règles d'inaliénabilité concernant les immeubles. Mais, en fait, cette solution, pour

(1) Cass., 26 mars 1855, D. 55.1.326.

logique qu'elle fût, parut impossible à la jurisprudence, et on ne saurait l'en blâmer, car elle se heurte à une disposition formelle de l'article 1553 qui décide qu'un immeuble, acquis de deniers dotaux, ne saurait être dotal, hormis le cas d'emploi stipulé au contrat de mariage.

Mais alors on se trouvait dans une impasse, car l'immeuble ainsi acquis appartenait sûrement à la femme et, dès lors qu'il n'était pas dotal, il était paraphernal.

Fallait-il donc dire que cet immeuble était paraphernal simple ? C'était l'écroulement de toute la doctrine jurisprudentielle puisqu'il eût suffi aux époux de transformer la dot mobilière en immeubles pour pouvoir se ruiner à leur guise (1).

Entre ces deux solutions opposées et également impossibles, la jurisprudence en a construit une autre intermédiaire, celle des paraphernaux représentant la dot mobilière, où elle a admis, en faveur de la valeur de la dot, incorporée dans un immeuble paraphernal, la conservation du caractère d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.

Nombreux ont été les cas où de pareilles circonstances se sont produites, toutes hypothèses où la femme se trouve devenue propriétaire d'un immeuble qu'on ne peut pas considérer comme dotal et qui pourtant est représentatif de valeurs mobilières dotales. M. Planiol les énumère (t. 3, n° 1672 et suivants) (2).

(1) Colin et Capitant, t. III, p. 350.

(2) C'est d'abord le cas où des biens ont été cédés par le mari à la femme, lors de la séparation de biens, en restitution de la dot reçue en argent; ou bien celui où la femme, créancière de son mari pour la resti-

La situation se présente en général devant les juges sous la forme d'une saisie des biens de la femme, dans laquelle celle-ci demande à prélever par préférence, sur le prix de l'immeuble, la valeur de la dot qui y est incorporée. Le prélèvement que la femme demande n'est pas l'effet d'un privilège qui lui donneront une priorité sur les autres créanciers, c'est bien plutôt une sorte de demande en distraction par laquelle elle soustrait aux poursuites de ses créanciers une valeur qui n'est pas saisissable (1).

Quoi qu'il en soit, deux intérêts non moins respectables sont en présence: d'une part celui de la femme qui réclame la restitution de sa dot mobilière, dont le principe d'inaliénabilité est aujourd'hui reconnu par une jurisprudence constante; d'autre part l'intérêt tout aussi légitime des tiers, qui ont traité de bonne foi avec elle, et qui prétendent avoir ignoré le caractère de dotalité occulte, que le bien paraphernal portait en lui.

tution de la dot s'est rendue adjudicataire d'un immeuble dont elle a compensé le prix avec ses reprises.

C'est aussi le cas où la femme recueille des biens dans la succession du constituant à la place de sa dot promise en argent; ou encore celui où le constituant a donné à la femme des biens en paiement de sa dot mobilière.

C'est encore le cas où le mari a placé, au nom de sa femme, des capitaux non sujets à emploi; ou bien celui où la femme, après la séparation de biens a acquis un immeuble avec des deniers dotaux non sujets à emploi.

Dans toutes ces hypothèses, le bien, entré ainsi dans le patrimoine de la femme n'est pas dotal et ne peut pas l'être; il ne saurait, en effet être rangé ni dans la catégorie des biens présents puisqu'il n'existait pas au moment du mariage ni dans celle des biens à venir puisqu'il a été acquis avec des biens dotaux appartenant déjà à la femme (Planiol, t. III, n° 1672 et s.).

(1) Planiol, en note sous D. P. 1896.1.113.

Toute l'efficacité de la théorie repose sur le plus ou moins de sévérité avec laquelle le tribunal appréciera les faits qui auront pû porter à la connaissance des tiers la présence de la dot dans le paraphernal qui leur sert de gage.

Reconnaître, comme l'ont fait certaines cours du Midi (1), dans un esprit contestable de sauver la dot, envers et contre tout, que la femme pouvait se prévaloir du caractère mixte de son bien, quand même la dotalité particulière dont il est affecté serait restée occulte, ce serait sacrifier aveuglément l'intérêt des tiers et, par contre coup, celui des femmes mariées, dont on anéantirait, à tout jamais, le crédit, en enlevant toute sécurité à ceux qui seraient tentés de contracter avec elles.

Exiger d'autre part, comme semblaient l'avoir fait deux arrêts de la Cour de cassation, l'un de la Chambre des requêtes du 3 juin 1891 et l'autre de la Chambre civile du 26 nov. 1895 (2), que le titre de propriété portât mention de la présence de la valeur dotale, c'était, en exigeant pour les paraphernaux une publicité que la loi ne prévoit pas, dépasser les limites des attributions judiciaires et pénétrer dans le domaine législatif; c'était, en outre, (danger non moins grave pour la sauvegarde de la dot) faire subir un recul considérable à la théorie de la représentation.

Si bien qu'on avait pu dire que la quasi dotalité des paraphernaux se trouvait soumise à une condition de publicité analogue à celle qui régit le emploi des biens dotaux et qu'il

(1) Bordeaux, 14 mai 1857, D. 57.2.211; Toulouse, 3 mars 1890, D. 90.2.343; Toulouse, 27 juin 1892, D. 93.2.188.

(2) D. P. 92.1.13 et D. P. 95.1.313.

fallait que les tiers fussent avertis, par des déclarations contenues dans l'acte, de l'origine des deniers et de l'affectation spéciale qui en résultait pour le bien acquis, afin qu'ils puissent suivre la dot à travers les transformations successives. M. Planiol a qualifié cette publicité de « simili remploi » (1).

Une semblable interprétation dépassait peut-être l'esprit des arrêts de 1891 et de 1895 : c'est ce que semble avoir admis une décision plus récente de la Cour de cassation du 14 juin 1904 (2).

La question se posait de la façon suivante :

Une femme, mariée sous le régime dotal, avait reçu une dot mobilière de 6.800 francs ; elle avait obtenu la séparation de biens et, les immeubles de son mari ayant été saisis et vendus elle s'en était rendue adjudicataire pour 35.000 francs. Un ordre avait été ouvert et elle avait payé son prix en versant en moins les 6.800 francs représentant sa dot.

Postérieurement, elle avait emprunté à un tiers une somme de 25.000 francs, avec affectation hypothécaire des biens acquis par elle et qui étaient paraphernaux. Ces biens étant saisis, elle entendait distraire la valeur de sa dot bien qu'elle eût déclaré paraphernaux les biens grevés par elle d'hypothèque, ce qui était exact en principe, et qu'elle eut omis de mentionner pour partie sa dot mobilière et passé sous silence sa séparation de biens.

La Cour de cassation, sur les conclusions du procureur général Feuilleloy décida que c'était aux tiers, envers les-

(1) Planiol, t. III, n° 1680.

(2) D. P. 1905.1.185.

quels la femme s'était obligée, qu'il appartenait « sous peine de manquer à la plus élémentaire prudence » de rechercher comment la femme avait payé son prix et de se faire représenter le règlement de l'ordre, suite nécessaire de l'adjudication.

Ainsi, d'après cet arrêt, il suffit que la dotalité soit révélée, même implicitement, tant par le contrat de mariage que par le titre d'acquisition et par les documents qui en font, pour ainsi dire, partie intégrante; et elle est opposable aux tiers, alors même qu'elle ne serait pas révélée dans le titre lui-même, comme conséquence de la faute qu'ils ont commise en ne se livrant pas aux recherches que commande la prudence normale à tout acheteur, avant de verser son prix.

Le critérium de l'insaisissabilité de la portion dotale du prix de l'immeuble se réduit, ainsi, à savoir si le tiers, qui a traité avec la femme, pouvait, au moment où il a traité, sans se livrer à des investigations autres que celles « qu'exige la plus élémentaire prudence », mais sans, non plus, se borner au simple examen du titre d'acquisition, avoir connaissance de la présence de la dot, au sein du bien paraphernal; s'il s'est mis en faute en ne le faisant pas, la dotalité de la somme incluse dans la valeur de l'immeuble lui est opposable, sinon, la femme ne pourra pas s'en prévaloir.

Et c'est naturellement au juge du fond, qu'il appartient d'apprécier souverainement les circonstances de fait qui étaient de nature, à l'époque du contrat, à porter à la connaissance du tiers le caractère mixte du bien.

Solution ingénieuse, mais pleine de dangers pour les tiers, car, quel sera le diagnostic auquel on reconnaîtra que les

actes auxquels ils se sont référés constituent, en fait, ceux que « la plus élémentaire prudence » leur commandait de consulter ? C'est leur imposer une tâche difficile et pleine de périls en multipliant sous leurs pieds toutes sortes d'embûches, c'est en même temps se départir d'une manière assez marquée de l'esprit si français du Code, qui ne fait jamais dépendre que de conditions nettement définies, et faciles à remplir, la conservation des droits de chacun (1).

Quoiqu'il en soit, il semble qu'une telle décision atteint l'extrême limite des mesures de faveur que le magistrat puisse prendre pour sauver la dot; seul le législateur serait en mesure de faire davantage et d'organiser des mesures de publicité nettement déterminées, de l'accomplissement desquelles on pourrait avec certitude faire dépendre l'inaliénabilité et l'insaisissabilité de la dot incluse dans le paraphernal.

Actuellement, c'est à l'acheteur ou au prêteur, prévenu de la dotalité possible par le contrat de mariage, à se faire apporter la preuve que l'immeuble qu'il achète ne contient aucune valeur dotale indisponible (2).

Ainsi, les tribunaux qui, par ailleurs ont fait tous leurs efforts, dans la limite que leur imposait l'énumération de l'article 1558, pour permettre l'extension des causes d'aliénation des immeubles, quand elles se justifient par un légi-

(1) Voir le rapport du Cons. Cotellet sous l'arrêt de 1891 précité.

(2) En tous cas, s'il est vrai que l'immeuble paraphernal dans lequel une valeur dotale est incluse se trouve, par là même, frappé d'inaliénabilité, cette mise exceptionnelle hors du commerce n'attend que le capital de la dot mobilière au regard de la femme et ne saurait être étendue aux revenus, lesquels restaient saisissables (Grenoble, 11 déc. 1908, D. P. 1909. 2.213).

time intérêt, se sont montrés au contraire particulièrement favorables au principe d'inaliénabilité en ce qui concerne la dot mobilière puisqu'ils ont même été jusqu'à en étendre l'application aux paraphernaux quand ceux-ci représentent cette dot. Il n'y a cependant, en réalité, aucune contradiction entre ces deux tendances, en apparence opposées. Elles traduisent, une fois de plus, d'une façon saisissante, dans le domaine juridique la double évolution qu'a subie la richesse au cours du siècle dernier.

A mesure que s'affaiblissait la conception de la valeur de la propriété immobilière, sur laquelle avait vécu tout l'ancien droit, et que grandissait à côté la fortune mobilière avec une si prodigieuse rapidité, il était logique que les tribunaux cherchassent une atténuation à la fois à la règle trop absolue d'inaliénabilité des immeubles et à celle non moins absolue d'aliénabilité des meubles.

Le Code civil Italien permet à la justice d'autoriser la vente du bien dotal toutes les fois qu'elle le juge utile.

Seule une réforme législative pourrait compléter en France, l'œuvre de la jurisprudence dans le sens d'un assouplissement, sous le contrôle du magistrat, du principe trop rigide de l'inaliénabilité qui rend la protection dotal si encombrante et risque parfois de la faire tourner au préjudice de la femme elle-même.

CONCLUSION

Il ne faut certes pas attribuer à notre seule époque moderne le triste privilège d'avoir vu naître, dans la société, des turpitudes que les siècles antérieurs auraient ignorées: Les dispositions que le législateur de 1804 a si minutieusement élaborées pour sauvegarder les biens des incapables, contre les défaillances possibles de la protection familiale, sont une attestation suffisante de l'état de défiance où l'avait conduit déjà l'expérience des temps, à l'égard de la solidité des sentiments d'affection que nourrissent, les uns envers les autres, les membres d'une même famille, lorsqu'entrent en jeu leurs intérêts pécuniaires.

Mais un peu plus d'un siècle nous sépare de la rédaction de nos codes et l'incessante évolution économique et sociale, qui s'est traduite par une instabilité grandissante dans la composition des fortunes et dans les relations familiales, a révélé en maintes occasions, de nouveaux et impérieux besoins de faire appel au pouvoir tutélaire de la justice pour opposer un barrage aux dilapidations devenues plus faciles et, par conséquent, plus fréquentes, du patrimoine des incapables.

Dans son continuel contact avec les nécessités de la pratique, la jurisprudence a, plus d'une fois, pris sur elle de remédier au péril croissant en suppléant, dans la mesure de ses attributions aux défaillances du système légal et le

législateur n'a, en général pas hésité à consacrer ses initiatives lorsqu'il en a été sollicité.

Sans doute, une satisfaction suffisante aux besoins journaliers, peut-elle souvent être trouvée dans des pratiques auxquelles la continuité finit par imprimer un caractère de solidité quasi-légal, mais le législateur ne saurait se désintéresser d'une tâche qui lui incombe, car, d'une part il est des textes formels qui ne permettent parfois pas au magistrat d'intervenir ou de donner à son intervention toute sa portée bienfaisante, et, d'autre part, il n'est pas sans inconvénients de laisser les intérêts des citoyens soumis à l'incertitude de revirements possibles de jurisprudence, qui présentent toujours le grave danger de léser des situations acquises.

Il semble, avant tout, que, dans les circonstances où on a été amené à conférer au juge le pouvoir d'appréciation, qui forme la base de tout le système, la garantie d'intégrité morale soit le facteur le plus important de l'efficacité de son intervention. Eloigner des délibérations qu'il préside, ou dont il homologue les décisions, les influences malsaines que les intrigues et les passions tenteraient d'exercer, tel est, tout d'abord le rôle du magistrat dans la protection des biens des incapables.

Et si, dans l'intense courant des affaires, des fraudes essayaient de surprendre sa vigilance, elles se heurteraient déjà, avant de pouvoir parvenir jusqu'à lui, au barrage moral que leur opposeraient les auxiliaires indispensables, au ministère desquels est subordonné l'accès du prétoire. Dans les grandes villes, surtout (et c'est là que l'encombrement pour-

rait favoriser des surprises), il est peu vraisemblable que les avoués, notaires, agents de change, accepteraient de se prêter à des tractations malhonnêtes, au-dessus desquelles les place l'importance de leur charge, et où leur conscience serait blessée et leur honorabilité professionnelle menacée. Et on a eu l'occasion de voir comment le magistrat a su s'associer par ailleurs leur concours le plus étroit et le plus actif, par la stimulante menace de responsabilités pécuniaires, dont il n'a pas hésité, le cas échéant, à punir leurs fautes et même leurs négligences.

Malheureusement, si les incapables doivent une partie de leur protection à l'immixtion obligatoire des officiers ministériels dans leurs affaires, ils lui doivent aussi d'acheter si cher la protection tutélaire du pouvoir judiciaire.

Le mal prend les proportions d'un véritable désastre dans la matière des partages où les frais sans nombre, ajoutés aux droits de mutation sans cesse relevés, absorbent parfois une si large part des biens, qu'ils constituent une véritable spoliation légale.

Les critiques n'ont pas manqué contre un tel système, il y'a bien longtemps que notre vieil auteur Merlé a pu dire que c'était-là le plus sûr des revenus de tous les greffes et de tous les offices ministériels.

Il faut bien convenir à la vérité que, même en l'état actuel des textes il serait souvent facile aux notaires, les habituels conseillers des familles et les inspireurs, sinon les rédacteurs, de bon nombre de testaments d'épargner à leurs clients d'aussi ruineuses formalités. La pratique montre hélas qu'il ne faut guère attendre d'améliorations de ce côté.

C'est donc au législateur qu'il appartient, dans la mesure compatible avec la bonne marche des affaires, d'assouplir le rôle du magistrat en élargissant ses pouvoirs d'arbitre et en lui donnant les moyens, quand les circonstances le permettent, de simplifier la procédure. S'il est excusable, en effet de faire payer à des plaideurs l'accès de la justice, dont le principe est pourtant la gratuité, il est intolérable d'imposer aux incapables, qu'on oblige à venir malgré eux se placer sous l'égide redoutable de la tutelle judiciaire une contribution de la nature de celle qui se perçoit actuellement.

Lorsque, faisant abstraction de la question des frais, dont l'écrasant fardeau domine malheureusement toute la matière, on étudie séparément les diverses circonstances où on a été conduit à renforcer et à élargir le rôle du magistrat, on ne peut s'empêcher de reconnaître l'esprit de justice qui a servi de guide dans chaque cas et on est naturellement séduit par la générosité du principe; on est même parfois tenté de réclamer de nouvelles extensions, aux dépens, s'il le faut, du domaine de la protection familiale, hélas trop souvent et trop justement suspecte.

Mais lorsqu'on rapproche les unes des autres ces interventions de jour en jour plus nombreuses, cette synthèse met en relief sous une forme un peu troublante la corrélation entre la multiplication des appels à la protection du pouvoir judiciaire et les progrès, tant de fois dénoncés, de l'œuvre dissolvante que, depuis près d'un demi siècle, n'a cessé d'accomplir le législateur sur les liens les plus directs, et considérés jusqu'alors comme les plus solides, des rapports familiaux: l'autorité paternelle et l'autorité maritale.

Sans doute ne saurait-on prêter au législateur moderne le machiavélique dessein de créer le mal pour rendre le remède nécessaire et ménager ainsi une pénétration de plus en plus complète des agents de l'Etat dans le domaine intangible des affections. On a vu précisément que des modifications économiques profondes avaient rendu les fortunes plus fugitives, à mesure justement que les mains auxquelles elles étaient confiées devenaient moins sûres, et ce phénomène devait avoir une répercussion inévitable dans l'évolution que nous avons eu maintes fois l'occasion de signaler.

On est cependant conduit, si on veut porter un jugement d'ensemble sur l'intervention du pouvoir judiciaire dans la protection des biens des incapables, à formuler quelques réserves.

Il ne faudrait pas s'imaginer que l'application d'un semblable remède fût de nature à suppléer utilement et indéfiniment la protection familiale, si sa faillite devait devenir complète. Sans doute le magistrat a-t-il toujours témoigné son souci de subordonner ses décisions aux conditions morales que lui inspire l'équité, mais, quelles que soient sa bonne volonté et la constance de ses soins, il n'aperçoit jamais les intérêts particuliers que sous le jour diffus d'une salle d'audience, où les dossiers accumulés lui présentent les situations sous la forme d'un classement auquel il est fatalement conduit à apporter des solutions systématiques, malgré les intéressants efforts de la législation contemporaine vers « l'individualisation » des sentences.

La justice ne sera jamais qu'un pouvoir d'arrêt, elle n'agit que lorsqu'elle est saisie et elle ne doit être saisie que dans

des cas bien déterminés, car précisément sa protection insuffisamment individualisée ne saurait atteindre un tel degré de perfection qu'on put attendre d'elle des initiatives. Celles-ci doivent rester le fait de la famille parce qu'elles en puisent leur force que dans l'affection.

Il est bien évident par ailleurs que l'exercice même de la protection judiciaire deviendrait rapidement impossible, si une imprudente généralisation devait le rendre trop fréquent.

En somme, le problème consiste à concilier la confiance à la famille avec la super protection des tribunaux. Si tout empiètement de la justice peut se justifier par le louable souci de punir la famille quand elle démérite, il ne faut pas que ce même prétexte serve à léser les droits sacrés de la famille saine et unie.

Nous avons insisté particulièrement sur le rôle du juge de paix, au sein du conseil de famille, parce que c'est là que l'action combinée de la famille et de la justice se présente avec son véritable caractère de collaboration. Soulignons à ce sujet l'importance de l'effort que marquent des lois récentes, en particulier celle du 12 juillet 1905, vers une amélioration du degré d'instruction, un accroissement d'indépendance, et un relèvement du niveau social des juges de paix; toutes réformes qui doivent rendre ces magistrats plus aptes à remplir, avec la science juridique et l'équité désirables, le double rôle qui leur est attribué de juges conciliateurs et de parents désintéressés.

Mais, en vérité, ce n'est pas dans l'enceinte du prétoire, c'est au foyer familial reconstitué que tous ceux qui ne peuvent pourvoir eux-mêmes à la sauvegarde de leurs intérêts,

depuis le vieillard affaibli jusqu'à l'enfant qui entre dans la vie, doivent trouver des protecteurs aimants.

Et cette reconstitution du foyer de famille, condition préalable d'une protection véritablement efficace des incapables, il serait téméraire de l'attendre du législateur seul. Elle suppose une évolution des mœurs qui dépasse le champ d'action des lois; c'est dans l'opinion, par la Presse, à l'école, par l'éducation de l'enfance, qu'il importe de la préparer, en ouvrant la lutte contre ce prétendu droit à la jouissance qui asservit si brutalement la société moderne, au nom de l'égoïsme, et en restaurant, à sa place, le droit au dévouement et au désintéressement, au-dessus duquel le christianisme avait gravé le mot d'Amour.

HENRI DE NÉEL.

Vu : *Le Président de la Thèse,*
CARPENTIER.

Vu : *Le Doyen,*
F. LARNAUDE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
APPELL.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LE MINEUR

CHAPITRE I. — La Tutelle :

I. Choix du personnel.

§ 1. Le conseil de famille.....	15
§ 2. Le tuteur.....	26

II. Fonctionnement de la tutelle.

§ 1. Rôle du juge de paix comme président du conseil de famille.....	33
§ 2. Rôle du tribunal	40
A. Juridiction gracieuse.....	41
B. Juridiction contentieuse.....	81
Partage judiciaire.....	87

CHAPITRE II. — L'Émancipation :

I. Rôle du juge de paix.....	108
II. Rôle du tribunal	110

CHAPITRE III. — L'Administration légale :

I. Le Code civil.....	117
II. La loi du 6 avril 1910.....	126

CHAPITRE IV. — L'Enfant naturel.....

I. Etat antérieur à la loi du 2 juillet 1907.....	140
II. La loi du 2 juillet 1907.....	143

DEUXIÈME PARTIE

LES ALIÉNÉS ET LES PRODIGUES.....	156
CHAPITRE I. — Aliénés :	
§ 1. Interdiction.....	158
§ 2. Aliénés non interdits.....	161
CHAPITRE II. — Prodiges :	
Conseil judiciaire.....	164

TROISIÈME PARTIE

LA FEMME MARIÉE

CHAPITRE I. — Autorisations de justice.....	173
I. <i>Autorisations au refus du mari.....</i>	<i>177</i>
II. <i>Autorisations en cas d'empêchement du mari.....</i>	<i>181</i>
III. <i>Autorisations réservées à l'autorité maritale. Cas controversés. Commerce, engagement théâtral, professions.....</i>	<i>188</i>
CHAPITRE II. — Pouvoirs du magistrat sur la capacité de la femme mariée : Séparation de biens et retrait de la libre disposition des biens réservés.....	199
I. <i>Séparation de biens.....</i>	<i>200</i>
II. <i>La loi du 13 juillet 1907, sur le libre salaire de la femme mariée.....</i>	<i>209</i>
CHAPITRE III. — Régime dotal.....	222
I. <i>Inaliénabilité des immeubles dotaux.</i>	
§ 1. <i>Dérogations au principe d'inaliénabilité.....</i>	<i>223</i>
§ 2. <i>Du remploi.....</i>	<i>231</i>
II. <i>La dot mobilière.</i>	
§ 1. <i>L'inaliénabilité de la dot mobilière.....</i>	<i>235</i>
§ 2. <i>Représentation de la dot par les paraphernaux.....</i>	<i>240</i>
CONCLUSION.....	248
TABLE DES MATIÈRES.....	255

